

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**DIREITO REPRODUTIVO E OS BENEFICIÁRIOS DA
PROCRIAÇÃO ASSISTIDA: UMA ANÁLISE
LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL.**

RAISA MANDJA RANZONI

**MESTRADO EM DIREITO FUNDAMENTAIS
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
2017**

RAISA MANDJA RANZONI

**DIREITO REPRODUTIVO E OS BENEFICIÁRIOS DA
PROCRIAÇÃO ASSISTIDA: UMA ANÁLISE
LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL.**

**Dissertação de mestrado apresentada ao
Gabinete de Estudos Pós-Graduados da
Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de concentração: Direitos
Fundamentais
Orientador: Professor Doutor Eduardo
Vera-Cruz Pinto.**

**LISBOA
2017**

RAISA MANDJA RANZONI

**DIREITO REPRODUTIVO E OS BENEFICIÁRIOS DA
PROCRIAÇÃO ASSISTIDA: UMA ANÁLISE LEGISLATIVA E
JURISPRUDENCIAL.**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção
do título de Mestre em Direito e aprovada em sua
forma final pelo Orientador e pela Banca
Examinadora.

Orientador: _____
Prof. Dr. Eduardo Vera-Cruz Pinto

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:
Prof. Dr. _____

Lisboa, _____.

À Deus e minha família, sem os quais nada seria possível em minha vida.

Muito obrigada!

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

(Albert Einstein)

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho certamente não seria possível sem o apoio incondicional e despretenso de algumas pessoas, que ocupam um lugar de relevante importância em minha vida, e que em algum momento foi – e continuam sendo - fundamental para que diante das dificuldades encontradas eu nunca desistisse e sempre persistisse. Agradeço a Unicesumar que me proporcionou a oportunidade de fazer o mestrado, e a Faculdade de Direito de Lisboa por ter me recebido tão bem, na pessoa do professor Eduardo. Agradeço ao professor Nilson por ter despertado em mim o interesse acadêmico e sempre ter me apoiado na busca dos meus objetivos. À amiga Tereza, bibliotecária da PGR, obrigada pelo carinho de sempre. Aos amigos Armando e Isabel, sem os quais não poderia ter chegado à Lisboa, meus sinceros agradecimentos. Ao meu companheiro e amigo, Aldo, obrigada pela força e compreensão em todos os dias. Aos amigos do mestrado, em especial Patricia, Raquel e Marcus, obrigada pela companhia durante o tempo longe de casa. A minha família, a maior e mais profunda gratidão.

ABREVIATURAS

PMA: procriação medicamente assistida

IA: inseminação artificial

FIV: fertilização in vitro

GIFT: transferência intratubária de gametas

TET: transferência intratubária de embriões

ICSI: injeção intracitoplasmática de espermatozoides

ROPA: recepção de óvulos da parceira

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

CF: Constituição Federal

OMS: Organização Mundial de Saúde

CRP: Constituição da República Portuguesa

STF: Supremo Tribunal Federal

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ: Superior Tribunal de Justiça

AC: Acórdão

AP: Apelação

CCB: Código Civil Brasileiro

CPB: Código Penal Brasileiro

HC: habeas corpus

CFM: Conselho Federal de Medicina

ADI: Ação direta de inconstitucionalidade

PL: projeto de lei

CONEV: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em Portugal

Nota sobre as citações

As citações serão todas identificadas em notas de rodapé. A primeira citação de cada bibliografia utilizada, conterá o nome do autor, título, editora, cidade, ano e página, exemplo: *EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 18.* As próximas vezes que a mesma obra for citada, será descrito o nome do autor, parte do título seguido de reticências, “*cit*”, e a página, como no exemplo: *EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 19.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A REPRODUÇÃO HUMANA	17
1.1 Apresentação da reprodução humana: evolução do fato natural à uma escolha.	17
1.2 Novas formas de reproduzir diante da tecnologia – o direito e a bioética na defesa da vida e liberdade humana.....	20
1.2.1 Técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)	24
1.3 Direitos fundamentais: reprodução humana como direito fundamental...	28
2 CONTEÚDO DO DIREITO À REPRODUÇÃO	34
2.1 Direito de não reproduzir.	34
2.2 Direito a ter filhos biológicos.....	38
2.3 Direito a ter filhos mediante o uso das técnicas de PMA.....	40
3 EXPRESSÃO DO DIREITO REPRODUTIVO NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	42
4 DIREITOS E PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO IDENTIFICADORES DO DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA	46
4.1 Direito reprodutivo como direito à saúde reprodutiva (art. 6.º, CF).....	46
4.2 Direito de constituir família como direito à reprodução (Art. 226.º, CF)..	49
4.3 Direito à reprodução como direito da personalidade (Art. 1.º, III, CF, arts. 11.º a 21.º, CCB)	52
4.4 Direito ao planejamento familiar como direito a reprodução (art. 226, § 7.º, CF).....	55
5 AS CONDIÇÕES E OS CRITÉRIOS DEFINIDORES DE ACESSO À PMA ...	60
5.1 Condições justificadoras de utilização da PMA	61
5.1.1 Diagnóstico de infertilidade.....	62
5.1.2 Tratamento de doença grave e riscos de transmissão de doenças	64
5.2 Critérios de determinação dos beneficiários das técnicas de PMA	65
5.2.1 Idade	65
5.2.2 Estado civil	66
5.2.3 Orientação sexual: heterossexuais e os homossexuais ou homoafetivos .	70
6 A TEMÁTICA NO DIREITO PORTUGUÊS E OS BENEFICIARIOS DA PMA NO DIREITO COMPARADO.....	75
6.1 A família e a legislação referente à PMA em Portugal.	75
6.2 Os beneficiários e as condições de acesso à procriação assistida no direito comparado.....	82
6.2.1 Espanha.....	82

6.2.2	Itália	84
6.2.3	França	85
7	REGULAÇÃO NACIONAL DO ACESSO ÀS TÉCNICAS DE PROcriação ASSISTIDA NO BRASIL	86
7.1	As resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM)	86
7.2	O artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro (CCB)	89
8	ATIVIDADE JUDICIAL E LEGISLATIVA RELATIVA À PROcriação ASSISTIDA	94
8.1	Atividade judicial.....	94
8.1.1	Jurisprudência nos tribunais	94
8.1.2	Os provimentos das corregedorias estaduais e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)	104
8.2	Necessidade de lei.....	111
8.2.1	A pretensa lei brasileira – análise dos projetos de lei no Congresso Nacional.	113
	CONCLUSÃO.....	124
	BIBLIOGRAFIA	129

RESUMO

O trabalho que se exporá, tem como finalidade investigar a seguinte questão: considerando a existência do direito fundamental de reproduzir, a metamorfose familiar e a evolução na maneira de ter filhos, a partir de uma análise legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro, quem são ou podem ser os beneficiários da procriação medicamente assistida (PMA)? Para isto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Primeiramente, analisa-se a importância da reprodução humana perante as pessoas ao longo dos anos, e como o conhecimento científico, ao dominar o saber sobre o processo reprodutivo, conferiu autonomia reprodutiva e revolucionou a forma de ter filhos. Após, faz-se uma descrição das técnicas de PMA e a preocupação com estas do ponto de vista da bioética e do direito. Logo em seguida, tendo a premissa de ser a reprodução humana um direito fundamental, busca-se conhecer o seu conteúdo a partir das perguntas: há um direito de não reproduzir? Há um direito a ter filhos biológicos? Há um direito a ter filhos por meio da PMA? Após definido o conteúdo deste direito, procura-se identificar a sua proteção no âmbito internacional, para na sequência, verificar os direitos fundamentais do ordenamento brasileiro que recepcionam o direito de reproduzir e o fundamenta. A partir da constatação de que o direito de reproduzir pode ser exercido por intermédio da PMA, e que antes disso é um direito que tem como titular todo cidadão, são abordadas algumas condições e critérios que podem ser utilizados para determinar os seus beneficiários. A seguir, discorrerá sobre quais destas condições e critérios foram adotadas por países como Portugal e Itália, ao definir os beneficiários da PMA e legislar sobre o tema. Após este estudo comparado das opções realizadas por outros países, explora-se a ínfima disposição legal sobre a PMA no Brasil, bem com analisa-se as resoluções do Conselho Federal de Medicina, que na falta de lei, é o que determina a utilização da PMA no país. Finalmente, aborda-se acerca da necessidade de lei, ao passo que se analisa a jurisprudência no que respeita à PMA e os projetos de lei que pretende regulamentá-la, especificamente os beneficiários.

Palavras-chaves: Direito de reproduzir. Beneficiários da procriação medicamente assistida. Jurisprudência. Ausência de lei. Projetos de lei.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to investigate the following question: considering the existence of the fundamental right to reproduce, the family metamorphosis and the evolution in the way of having children, based on a legislative and jurisprudential analysis of Brazilian law, who are or can be the beneficiaries of medically assisted procreation (PMA)? For this, a bibliographical, jurisprudential and legislative research is carried out. First, an analysis of the importance of human reproduction towards people over the years, and how scientific knowledge, by mastering knowledge about the reproductive process, conferred reproductive autonomy and revolutionized the way we have children. Afterwards, a description of the PMA techniques and the concern with them from the point of view of bioethics and law is given. Then, with the premise that human reproduction is a fundamental right, one seeks to understand it from the point of view: is there a right not to reproduce? Is there a right to have biological children? Is there a right to have children through the PMA? After defining the meaning of that right, it is sought to identify its protection in the international scope, in order to verify the fundamental rights of the Brazilian legislation to receive the right to reproduce and its foundation. From the finding that the right to reproduce can be exercised through the PMA, and that it is a right held by every citizen, some conditions and criteria can be used to determine who benefits. It will then discuss which of these conditions and criteria have been adopted by countries such as Portugal and Italy, by defining PMA beneficiaries and legislations on the subject. After this comparative study of the options carried out by other countries, the minimal legal provision on the PMA in Brazil is explored, as well as the resolutions of the Federal Medical Council, which, in the absence of a law, is what determines the use of the PMA's in the country. Finally, it addresses the need for a law, while examining the case law with regard to the PMA and the bills it intends to regulate, specifically the beneficiaries.

Keywords: Right to reproduce. Beneficiaries of medically assisted procreation. Jurisprudence. Absence of law. Projects of law.

INTRODUÇÃO

A reprodução humana vista a partir de uma necessidade, um desejo e um direito. Necessária para a preservação da própria espécie, um desejo em dar continuidade à descendência, bem como constituir uma família. E um direito fundamental, porque é uma necessidade essencial ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade.

O ato de reproduzir durante muito tempo foi tratado apenas como um processo natural a vida, ao casamento, à família. Natural e necessário, era algo que obrigatoriamente teria que ocorrer após o casamento, e tal era a sua importância que se admitia em algumas sociedades antigas, até mesmo a dissolução da união quando a mulher não engravidava.

Embora necessário, reproduzir nem sempre foi um desejo. O controle de natalidade, a escolha em ter ou não filhos, somente foi possível quando cientistas se propuseram a estudar o processo de reprodução e então, desenvolver métodos que mesmo com prática da relação sexual, a gravidez não acontecesse. Até isso ser possível, muitas crianças nasceram sem serem, a princípio, desejadas.

O conhecimento acerca da reprodução humana, proporcionou liberdade sexual ao dissociar o sexo da procriação, possibilitou a escolha de quando e quantos filhos se teria, conferiu autonomia, principalmente às mulheres, e com o desenvolvimento de meios contraceptivos, as técnicas de procriação assistida (PMA), deu esperança à muitas pessoas que por algum motivo não conseguiam realizar o sonho da paternidade e maternidade.

É possível afirmar que antes de 1978, ano em que a fertilização in vitro ganhou notoriedade mundial com o nascimento do primeiro bebê concebido por meio desta técnica, apesar de já ser uma necessidade do ser humano, não se discutia quanto à existência ou não de um direito a reprodução, pois era natural e diante da ausência de gravidez, nada poderia ser feito além de orações e simpatias.

Acredita-se, porém, que o surgimento das técnicas de PMA, responsável por introduzir a reprodução de forma assistida, aliado à mutação não finalizada das instituições familiares, e sobretudo o reconhecimento e proteção às novas famílias, foi o que trouxe efetivamente a discussão sobre o direito de reproduzir à baila.

O direito de procriar ou reproduzir possui duas faces, a negativa e a positiva. Aquela compreende por meio dos métodos contraceptivos, o direito em não reproduzir e naturalmente não levanta questões contrárias, salvo quando se fala na legalização do aborto.

Já a positiva diz respeito ao direito de conceber de forma natural ou assistida, por meio das técnicas de PMA. É a partir deste aspecto, que o direito a reproduzir suscita controvérsias, no sentido de negar a existência deste direito como fundamento para utilização da PMA, a qual para muitos, deve ser aplicada apenas em casos de diagnóstico de infertilidade ou para evitar transmissão de doenças ao feto.

Além disso, a possibilidade de que pessoas solteiras e casais homoafetivos por intermédio da PMA, possam vir a exercer a maternidade e paternidade, provoca uma certa resistência, sendo isso proibido em alguns ordenamentos jurídicos, os quais concedem apenas aos casais heterossexuais o direito de se beneficiar das técnicas de PMA.

Ocorre que estas pessoas, em condição diversa à dos casais heterossexuais, pois sozinhas ou em uma união homossexual, padecem também de infertilidade, a chamada infertilidade relacional, que em razão de sua própria condição não podem manter uma relação fértil capaz de lhes proporcionar filhos naturalmente.

No Brasil, as técnicas que podem ser ou não realizadas pelas clínicas, as condições para a submissão aos tratamentos bem como qual ou quais pessoas podem se beneficiar da PMA, em detrimento da escassa legislação, tem sido determinada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da expedição de resoluções.

Pela mesma razão, ou seja, ausência de lei ou dispositivo que assegure as relações criadas por meio da PMA, que o judiciário há anos vem sofrendo com uma demanda cada vez mais frequente de processos para, principalmente, reconhecer a dupla maternidade ou paternidade e direito de filiação às crianças nascidas por meio da PMA.

Dentro deste contexto, partindo da premissa de que a reprodução humana possui direitos fundamentais que a recepcionam, sendo, portanto, um direito fundamental, o presente trabalho tem como objetivo analisar quem são ou podem ser os beneficiários das técnicas de PMA, considerando os direitos constitucionais, a família atualmente protegida, e a atividade judicial e legislativa referente ao tema.

Para tanto, o estudo será dividido em oito capítulos, sendo que no primeiro abordar-se-á o significado e importância atribuído à reprodução humana pelas pessoas e sociedade ao longo dos anos, e o que levou cientistas se debruçarem nos estudos acerca do processo reprodutivo e desenvolverem os métodos contraceptivos e os conceptivos – técnicas de PMA.

No âmbito do processo tecnológico reprodutivo que envolve a pessoa humana se estudará o papel da bioética e seu liame com direito na defesa da vida, detalhando sinteticamente as técnicas de procriação assistida desenvolvidas e mais utilizadas. Como

último tópico do capítulo, se fará uma abordagem introdutória dos direitos fundamentais a fim de demonstrar que a reprodução humana sempre fez parte do rol destes direitos.

O segundo capítulo, após tratar a reprodução humana como direito fundamental, será para analisar o conteúdo deste direito, abordando-o a partir dos aspectos e questões: se há um direito de não reproduzir, se há um direito de ter filhos biológicos, e se há um direito de ter filhos, inclusive mediante a utilização das técnicas de PMA.

No terceiro capítulo, o trabalho será direcionado a buscar no âmbito internacional através da pesquisa e leitura das declarações, pactos internacionais e conferências, a preocupação referente a saúde reprodutiva e as primeiras referências, mesmo que manifestada por outras expressões, ao direito reprodutivo.

No quarto capítulo será abordado os direitos que no ordenamento jurídico brasileiro, identificam, recepcionam e fundamentam o direito reprodutivo. Assim, se apresentará o direito reprodutivo como um direito à saúde reprodutiva, um direito de constituir família e acesso ao planejamento familiar, bem como um direito da personalidade ligado a dignidade da pessoa humana.

No quinto capítulo, tendo por certo que o direito reprodutivo também pode ser exercido mediante as técnicas de reprodução assistida, se analisará as condições justificadoras para a utilização da PMA, bem como os critérios que podem ou não determinar quem serão seus beneficiários.

A prevenção de transmissão de doenças à criança e o diagnóstico de infertilidade serão estudados como possíveis condições que dão direito de acesso à PMA. Bem como, se analisará como critérios capazes de decidir os beneficiários dessas técnicas, a idade, o estado civil e a orientação sexual.

O sexto capítulo será para verificar a experiência de outros países que já legislaram sobre a procriação assistida, analisando de maneira mais aprofundada o direito português referente ao tema, e na sequência as opções realizadas pelo direito francês, espanhol e italiano quanto a determinação dos beneficiários da PMA.

No penúltimo capítulo, analisaremos a produção regulatória acerca da procriação assistida no Brasil, que ao contrário dos países analisados onde há legislação específica, possui apenas um artigo do Código Civil Brasileiro a tratar infimamente da presunção de filiação.

A despeito de regulação, o Conselho Federal de Medicina - CFM, por meio de resoluções deontológicas, as quais serão também analisadas neste capítulo, torna-se o responsável por determinar tudo o que se refere à PMA no Brasil, desde a definição de

quais técnicas podem ser aplicadas e quem podem ser os beneficiários à normas de funcionamento das clínicas médicas de reprodução humana.

Finalmente, no último capítulo a pesquisa recairá sobre a atividade judicial e legislativa, assim verificar-se-á a produção jurisprudencial dos tribunais brasileiros referentes à procriação medicamente assistida, bem como os provimentos judiciais emitidos no âmbito das corregedorias estaduais que dizem respeito ao registro e filiação decorrente da PMA.

Concluindo o último capítulo, diante da ausência de legislação técnica sobre a PMA e o atual contexto do Brasil, se dedicará a responder a questão de que se há ou não necessidade de lei, analisando em seguida os projetos de lei propostos no Congresso Nacional que objetivam a regulamentação da matéria.

1 A REPRODUÇÃO HUMANA

1.1 Apresentação da reprodução humana: evolução do fato natural à uma escolha.

A reprodução de todos os seres vivos habitantes do planeta Terra sempre foi algo inerente à sua plena existência. Pode-se dizer que ao longo de muitas décadas a reprodução humana, identificada “*a priori*” apenas pela união sexual de um homem e uma mulher, dada a intrínseca intimidade e naturalidade deste processo reprodutivo, não instigava uma curiosidade ou maior entendimento a respeito. Era tudo compreendido como algo natural e divino¹.

A sexualidade, dentro deste processo reprodutivo natural, era indissociável e exercida para obter como finalidade, a reprodução.² Importa ressaltar que a fecundidade, desde os tempos mais remotos, sempre significou benção, riqueza, alegria, ao passo que a esterilidade, na ausência de conhecimento científico para explicar o “porquê”, era compreendida como uma maldição, vinculada até a bruxaria ou mesmo a questões divinas, considerada um verdadeiro castigo do qual a mulher era unicamente responsável³.

Desde os povos primitivos, passando pela sociedade grega e romana, até idade média e início do século XVII⁴, quando as pesquisas laboratoriais constataram que a esterilidade também derivava de fatores masculinos, a impossibilidade de ter filhos era um “carma” que pertencia à mulher, sendo essa humilhada, e por este motivo em algumas sociedades poderia ser até repudiada pelo marido e ter seu casamento anulado.⁵

O cenário onde a fecundação era entendida como algo divino e o contrário, maldito e culpa da mulher, somente começou a se transformar quando a relação sexual passou a ser objeto de estudo e pesquisa.

A partir do momento em que a reprodução humana foi entendida como consequência de uma relação sexual de sucesso e não como fruto de toda e qualquer relação, que a prática sexual passou a ter também uma destinação prazerosa, e a

¹ JOSÉ ROQUE JUNGES, A procriação humana assistida e o desejo de filhos. In: Bioética: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 147-148.

² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Problemas jurídicos da procriação assistida. Revista Forense. Vol. 328, p. 70.

³ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 18.

⁴ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 19.

⁵ COULANGES, Fustel de. Cidade Antiga. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 12 jul 2016.

reprodução como possibilidade e resultado de uma decisão humana planejada e consciente.

O conhecimento do processo reprodutivo, da relação sexual que o antecede, bem como a constatação que nem de toda relação é possível resultar em prole, foi determinante para dissociar o antes incontestável laço entre a relação sexual e a geração de filhos, permitindo a prática sexual sem a finalidade reprodutiva.

A reprodução deixou de ser algo eminentemente natural e desprovida de controle, para ser caracterizada como algo que aconteceria se assim escolhessem os interessados.

Este controle do processo reprodutivo foi oportunizado, principalmente, pelo surgimento das pílulas anticoncepcionais como métodos contraceptivos⁶, porque apesar de nesta altura já existir o preservativo⁷, o mesmo não possuía e, ainda não possui, igual eficácia no controle de fecundidade que as pílulas.

Essas significaram uma verdadeira revolução sexual e também reprodutiva, pois conferiram principalmente às mulheres, além da liberdade sexual jamais sentida, também a realização do aspecto negativo do processo reprodutivo, ou seja, possibilitou a não reprodução.

Se por um lado, possibilitou o controle e evitou a “gravidez indesejada”, o conhecimento científico, através do desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), também deu esperança e possibilidade de reproduzir para

⁶ Foi no ano de 1957 que um medicamento chamado Enovid foi lançado para controlar distúrbios provocados pela menstruação, e tinha como principal “efeito colateral” a possibilidade de causar suspensão temporária da fertilidade. Até o ano de 1960, apesar de não denominado como anticoncepcional, já era utilizado com intuito deste objetivo pelas pessoas. Neste mesmo ano, o órgão americano Food and Drug Administration (FDA), responsável por controlar a venda de medicamentos, autorizou a venda do Enovid como o primeiro anticoncepcional oral. Informação disponível em: AMARILIS LAGE, Como a pílula anticoncepcional moldou o mundo em que vivemos hoje. Revista Galileu. 25 mai 2015. Disponível em: : <http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/05/55-anos-da-pilula-anticoncepcional-como-ela-moldou-o-mundo-em-que-vivemos-hoje.html> Acesso em 12 jul 2016.

⁷ A busca pela criação e aprimoramento dos preservativos datam de centenas de anos atrás. Contudo, foi com a invenção da borracha e posteriormente o látex, material utilizado na produção atualmente, que os preservativos foram produzidos em larga escala e tiveram sua comercialização mais difundida mundialmente. Devido ao incômodo causado pela diminuição de prazer sexual e em razão de não ser suficiente para controlar a concepção ou não, que com o surgimento das pílulas na década de 60, deixou de ser utilizado, retomando as suas vendas apenas a partir da década de 90 quando foi caracterizado como o método mais eficaz para prevenção contra o vírus da AIDS, que havia naquela década sido o responsável por uma verdadeira epidemia. GABRIELA CABRAL DA SILVA DANTAS, Origem da camisinha. Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/origem-camisinha.htm> . Acesso em 12 de julho de 2015.

aquelas pessoas que por um diagnóstico de esterilidade ou infertilidade⁸, ou ainda opção sexual, são impedidas de terem seus filhos de forma natural⁹.

O conhecimento científico no âmbito sexual e reprodutivo, proporcionou de maneira precursora liberdades individuais para exercício da sexualidade e materialização da reprodução, de forma não sentida e nem imaginada anteriormente.

A diferença, no entanto, está em que os métodos contraceptivos, se utilizados corretamente, possuem quase 100% (cem por cento) de eficácia em qualquer idade e são geralmente de fácil acesso, o que não ocorre no âmbito dos meios conceptivos. Desde o método natural até o emprego de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

Isso porque, em ambos os casos, fatores biológicos e idade influenciam no êxito, sem falar que contrariamente aos métodos contraceptivos, as técnicas de PMA são tratamentos caros, o que por si só já restringe o acesso de muitas pessoas.

Incontroverso é o fato de que a esterilidade sempre foi temida em todas as sociedades, e se nas famílias antigas, a reprodução era algo de extrema importância, não apenas para realização de um desejo, mas sobretudo porque sendo essa família fundada na religião, no culto dos mortos, não podia ter o fim de sua descendência, pois caso isso acontecesse, não teria quem realizasse os sacrifícios e oferendas, e segundo a crença, os mortos padeceriam e tornariam malfazejos.

Atualmente, embora as crenças tenham sofrido mudanças significativas, inclusive a instituição familiar, fato é que a reprodução por um motivo idêntico ao do passado – perpetuação da descendência -, e para uma plena realização da personalidade, continua sendo extremamente importante para o ser humano.

⁸ Há quem defenda uma diferença terminológica entre esterilidade e infertilidade. Segundo Elvio Tognotti E José A. Pinnotti, nos países cujo idioma é de origem latina, o termo infertilidade é designado para os casos em que a mulher concebeu, porém não conseguiu prosseguir com a gravidez, sendo a forma mais comum desta infertilidade “o que denomina-se de abortamento”. Enquanto o termo esterilidade é designado quando o casal não obter gestação, após prática regular, no período fértil, de relações sexuais por no mínimo um ano, sem utilização de qualquer método contraceptivo. ELVIO TOGNOTTI; JOSÉ A. PINOTTI,. A Esterilidade conjugal na prática: da propedêutica básica à reprodução assistida. São Paulo: Toca, 1996. p. 5.

⁹ O impedimento em se ter filhos naturalmente, pode advir de um diagnóstico de infertilidade ou mesmo esterilidade, mas também a pessoa singular está igualmente impedida, e ainda aquelas que por opção relacionam-se com pessoas do sexo oposto,

1.2 Novas formas de reproduzir diante da tecnologia – o direito e a bioética na defesa da vida e liberdade humana.

A reprodução humana como algo natural, divino e íntimo, foi assim realizada durante milhares de anos, sem demandar qualquer conhecimento ou regulamentação jurídica, salvo nas questões posteriores ao processo reprodutivo, que envolve filiação e herança.¹⁰

O problema de esterilidade que através de simpatias, chás, orações, buscava ser solucionado pelos antepassados, passou a ser objeto de estudo científico somente no início do século XVII, e após décadas de estudos pôde ser constatado, como já exposto, que a esterilidade não era apenas uma causa feminina, mas também desencadeada por fatores masculinos.¹¹

Após a conclusão, já no século XX, obtida por vários pesquisadores a partir da análise de mamíferos, de que a concepção ocorre com a junção do espermatozoide e de um óvulo, cientistas utilizando mamíferos primeiramente, debruçaram-se na tentativa de desenvolver um método alternativo na forma de reproduzir, o que marcaria para sempre o futuro da humanidade.

Essa busca incansável pelo conhecimento e desenvolvimento de novas técnicas, obteve sua maior glória na década de 70, precisamente em 20 de julho de 1978, na Inglaterra, data que ficou marcada pelo nascimento do primeiro bebê de proveta – fertilização *in vitro* -, resultado este atribuído aos Drs. Steptoe e Edwards, que vinham realizando pesquisas e testes há quase vinte anos.¹²

Após o nascimento do primeiro bebê, vários laboratórios no mundo, especializados na área começaram a realizar as fertilizações, tornando a reprodução artificial mais popular, ainda que no sentido de conhecimento e não de acesso. Ao mesmo tempo que tais procedimentos se disseminavam, também surgia uma preocupação ética e posteriormente jurídica acerca do assunto, pois tratava-se acima de tudo, da vida humana.

Em 1984, foram estabelecidas pela Sociedade Americana de Fertilidade, algumas normas éticas para realização do processo de fertilização *in vitro*, dentre elas, o

¹⁰ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 52.

¹¹ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 18.

¹² EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 20.

consentimento de todas as partes, e algumas regras acerca do que seria feito com os embriões não transferidos.¹³

Mas não seria a primeira vez que preocupações éticas seriam colocadas em questão diante de situações ou procedimentos que envolvessem a vida do ser humano.

A bioética - ética da vida, no seu sentido literal-, tem seu surgimento indicado pela doutrina, no ano de 1970, quando o médico americano Van Rensselaar Potter, o utilizou pela primeira vez ao elaborar um artigo¹⁴, altura na qual pouco imaginava que a palavra utilizada, seria objeto de tantas pesquisas, e influenciaria o estudo nas mais diversas áreas do conhecimento.

Para este pesquisador não se podia buscar a pura técnica primando pela tecnologia, pois acima de tudo era necessário o respeito aos valores da humanidade.¹⁵ No início, Potter, como precursor da bioética, preocupou-se em aliar uma postura e reflexão ética às questões ambientais, com o objetivo de demonstrar que o homem necessitava de uma conduta ética frente ao meio ambiente para poder, inclusive, prolongar a sua sobrevivência e conservar o planeta para as futuras gerações.

Acredita-se, porém, que uma preocupação bioética tenha surgido anteriormente ao pensamento de Potter, quando da realização do julgamento de Nuremberg, onde houve uma valorização dos direitos humanos em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial até mesmo por médicos, que realizavam pesquisas envolvendo seres humanos.¹⁶

E com a publicação do livro “Principles of biomedical ethics” em 1978, por Beauchamp e Childress¹⁷, apontando os princípios que regulam as questões que envolvem

¹³ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 21.

¹⁴ GUY DURAND, Introdução Geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003.p.19.

¹⁵ NATALIA MARIA SOARES CARREIRO; ALINE ALBUQUERQUE S. DE. OLIVEIRA, Interconexão entre direito e bioética, à luz das dimensões teórica, institucional e normativa. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/789/855 p. 53. Acesso em 30 mar 2016.

¹⁶ ELIZABETH ALVES FERNANDES, Bioética e direitos humanos: a proteção da dignidade da pessoa humana na era da genética. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-07072010-150239/>. Acesso em 22 jan 2016.

¹⁷ LETÍCIA ERIG OSÓRIO DE AZAMBUJA; VOLNEI GARRAFA., A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress. Rev. Bioét., Brasília, v. 23, n. 3, p. 634-644, dez. 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233100> Acesso em 21 fev. 2016.

bioética: princípio da autonomia¹⁸, beneficência e não-maleficência e justiça, foi que a bioética teve seu auge, ao menos doutrinariamente.¹⁹

Insta salientar que não há uma bioética, no sentido de pesquisa biomédica, por exemplo. Mas existem várias maneiras de estudar a bioética e com um enfoque diferente, dependendo da realidade social de cada país e população.

Devido ao fato da bioética assim ser, tão particular de cada sociedade, podendo ter focos de pesquisas diversos torna-se difícil estabelecer uniforme um conceito. Em razão dessa dificuldade de conceituá-la, e da necessidade de se trazer um conceito para o presente trabalho, compartilha-se um conceito de María Casado²⁰, acrescentando neste, o aspecto ambiental.

Assim, a bioética se ocupa de analisar as implicações éticas, jurídicas, sociais e ambientais dos descobrimentos científicos e das implicações biotecnológicas na vida das pessoas e da sociedade como um todo.

Seu estudo envolve uma gama de questões relacionadas a liberdade e aos limites de manipulação da vida. E quando se fala em limites à manipulação da vida, estes podem ser observados a partir de vários ângulos, o tecnológico, o político, o social, o jurídico²¹,

¹⁸ O princípio da autonomia, resume-se na máxima de que não se deve obrigar alguém a realizar ou não algo que venha sobrepor as suas próprias convicções, de modo que a autonomia de cada indivíduo tem de ser indiscutivelmente preservada. Este princípio é universal em todas as sociedades, sem discriminação, no entanto, a sua aplicação ainda que formal, não considera as particularidades de cada pessoa e de cada caso. O princípio da beneficência, traduz-se no dever de fazer o melhor para as pessoas, de forma a evitar o sofrimento e a dor, seja esta física ou moral. A dificuldade da aplicação deste princípio reside principalmente no fato de que a concepção do que é bom para A, nem sempre é qualificado da mesma maneira por B, por isso, este princípio é submisso ao da autonomia e também à estas ideias do que é bom ou não. Alguns autores distinguem este princípio do da não-maleficência, no entanto, este é o contrário da beneficência, isto é, enquanto este último constitui-se no dever de se fazer o bem, aquele significa no dever não causar dano algum as pessoas.

O princípio da justiça, é o que busca um equilíbrio de difícil alcance, pois remete a um justiça distributiva, referente especificamente aos serviços de saúde. Tal princípio prima pela distribuição equitativa dos bens de saúde, de modo a possibilitar o acesso a estes a todas as pessoas.

A autora salienta que estes princípios quando verificados isoladamente, são incontestavelmente válidos. No entanto, em todo caso concreto terá que se decidir, por exemplo, pela prevalência da autonomia ou da beneficência, da mesma forma pela autonomia ou justiça, e então, esses princípios se expressam de forma totalmente contraditória, dificultando a escolha de um em detrimento do outro. E neste sentido é que a autora estabelece como ponto de definição da escolha por um ou outro princípio, a identificação da existência ou não de capacidade mental do indivíduo.

CRISTINA BECKERT, O conceito bioético de pessoa: entre o indivíduo biológico e o sujeito ético-jurídico. In: SILVA, João Ribeiro da; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (Coord.). Contributos para a Bioética em Portugal. Lisboa: Edições Cosmos, 2002, p. 22-28.

¹⁹ NATÁLIA MARIA SOARES CARREIRO; ALINE ALBUQUERQUE S. DE. OLIVEIRA, Interconexão..., cit., p. 55.

²⁰ MARÍA CASADO, A vueltas sobre las relaciones entre la bioética y el derecho. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/605/621 Acesso em 30 mar 2016.

²⁰ VOLNEI GARRAFA, Bioética: os limites da manipulação da vida. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais (Ano 5, número 17) 1997, p. 167.

²¹ VOLNEI GARRAFA, Bioética: os..., cit., p. 167-171.

entre outros. Assim, o estudo segue para contemplar da melhor forma possível todos estes aspectos, preservando o bem mais precioso, que é a vida.

Trata-se hoje de uma área indiscutivelmente interdisciplinar que influencia e recebe as mais variadas influências, inclusive das ciências humanas.²² Esta característica de ser plural, tendo incidências em diversas áreas do conhecimento, foi confirmada com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005²³, a qual foi ratificada por 191 países.

Sua conexão com o direito, notadamente os direitos fundamentais, reside no fato do alcance das inovações biotecnológicas sobre a própria vida humana. A bioética tem como fim principal proteger a vida humana, garantindo a autonomia e liberdade da pessoa frente a qualquer experimentação biológica e biotecnológica. Este é, inclusive, um dos princípios estabelecidos na Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos.²⁴

Desta forma, a relação da bioética com o direito é intrínseca, no sentido de que ambos buscam a defesa da pessoa humana, enquanto um ser autônomo e livre.

A importância de expor a função da bioética diante do desenvolvimento de tecnologias que afetam direta ou indiretamente o ser humano, reside na necessidade de se estabelecer um laço com o direito, visto que ambos possuem o dever de preservar a vida humana, inclusive no âmbito da PMA.

A busca pela remediação da fecundidade²⁵, expressa pela infertilidade²⁶, de muitos homens e mulheres, foi o que impulsionou a busca pelo conhecimento do processo reprodutivo e resultou em novas alternativas na forma de se ter filhos, com as várias técnicas de PMA.

Nota-se, portanto, que o processo reprodutivo que era apenas natural e íntimo, passou com o auxílio da tecnologia a ser assistido, fazendo com que fosse necessária uma

²² RUI NUNES, Bioética: o ensino e a aprendizagem. In: A ética e o direito no início da vida humana. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2001, p.57.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Unesco: 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 25.02.2016.

²⁴ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Declaração...”Princípios. Artigo 3º. 1...2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

²⁵ HELENA MARIA VIEIRA DE SÁ FIGUEIREDO. A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, p.63.

²⁶ PORTUGAL. Direcção-Geral da Saúde Programa Nacional de Saúde Reprodutiva Saúde reprodutiva/Infertilidade/Direcção-Geral da Saúde. Lisboa: DGS, 2008, p. 5. Disponível em: <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/i009862.pdf>. Acesso em 15 fev 2016. A infertilidade é considerada um problema de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e é definida como sendo a não ocorrência de gravidez após doze meses ou mais seguidos de relações sexuais regulares sem uso de qualquer contraceptivo.

análise bioética bem como jurídica, com a finalidade de garantir a integridade da vida e dos valores humanos.

1.2.1 Técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)

As técnicas de procriação medicamente assistida como um dos resultados da busca pelo conhecimento do processo reprodutivo, significam hoje uma esperança para aqueles que desejam um filho e são impossibilitados de tê-lo naturalmente.

Infelizmente tais tratamentos, além de não serem curativos, também não proporcionam uma certeza referente a procriação, isto é, nem sempre haverá um final feliz, podendo ser necessárias várias tentativas e ainda assim, não obter o sucesso desejado. Vamos à descrição das técnicas de procriação assistida.

Entre as técnicas de reprodução artificial, talvez a mais conhecida popularmente, é a inseminação artificial (IA). O procedimento desta técnica baseia-se na recolha e tratamento dos espermatozoides para posteriormente transferi-los para o corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação.

Há duas formas de inseminação artificial. A depender da origem do material genético, a inseminação poderá ser homóloga ou heteróloga. Na IA homóloga, os gametas utilizados são do próprio casal beneficiário da técnica, já na IA heteróloga existe uma terceira pessoa no processo reprodutivo, um doador, podendo ser uma inseminação heteróloga parcial, quando há doação do material genético feminino ou masculino, ou total, quando há a doação de matérias genéticos de ambos os gêneros.

A IA heteróloga trata-se da única alternativa, exceto a que se dá pela relação sexual, de pessoas solteiras ou casais constituídos por duas mulheres de poder terem filhos. Para além destes casos, a IA heteróloga é também um recurso para aqueles casais homossexuais em que o material genético de um ou de ambos não são qualificáveis para o processo reprodutivo.

Entre outras formas de procriação assistida, as mais utilizadas e comuns em diagnósticos, estão a fertilização *in vitro* (FIV ou FIVETE), a transferência intratubária de zigoto (ZIFT), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de embriões (TET), e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

A fertilização *in vitro* (FIV ou FIVETE), tem seu procedimento iniciado com a recolha e tratamento dos espermatozoides assim como na inseminação artificial, no

entanto, a fertilização ocorre em laboratório e somente depois de já formados os embriões, é que estes são transferidos para o útero da mulher.²⁷

Este tipo de técnica na qual a fecundação ocorre em laboratório, permite que os ovócitos fertilizados sejam ou não da mulher que receberá a implantação dos embriões. Da mesma forma é com o gameta masculino utilizado na fertilização, que pode ou não ser de um terceiro.²⁸

O método da FIV, que no início era muito realizado quando havia obstrução, danificação ou mesmo inexistência das trompas²⁹, hoje é indicado e utilizado em muitos diagnósticos de infertilidade, como nos casos de endometriose ou quando não descoberta a causa do problema.

Com a finalidade de aumentar as chances de sucesso na obtenção da gravidez, é realizado antecipadamente uma estimulação artificial de produção de óvulos, a fim de se retirar vários óvulos e obter mais chances de sucesso na FIV. Em razão disto que ocorrem em muitas gestações de FIV, o nascimento de dois ou mais bebês, pois implanta-se mais de um óvulo fecundado no útero da mulher. Tal fato também pode causar problemas durante a gestação, como possível aborto e nascimentos prematuros.

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) é técnica parecida com a fertilização *in vitro*, porém mais recente que esta. Nesta a fecundação do gameta masculino no ovócito ocorre de forma natural, enquanto que na ICSI há uma intervenção maior, manifestada pela injeção do espermatozoide no ovócito, a fim de obter a fecundação que se deseja.³⁰

Este tipo de procedimento é mais utilizado quando o problema de fertilidade é predominantemente masculino, mais especificamente, quando o espermatozoide não possui a capacidade de sozinho, atingir e penetrar no óvulo feminino.

A TET, ZIFT e a GIFT, são procedimentos em que ocorrem a transferência de embriões, zigotos ou gametas, respectivamente, para as tubas (trompas) no corpo da mulher. Neste tipo de técnica, a fertilização não acontece em laboratório, mas sim deverá ocorrer naturalmente após a realização da transferência.³¹

²⁷ MARCO ANTÓNIO ZANELATO, Fertilização Artificial: seus efeitos jurídicos. Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito. Universidade Lusíada: Porto, 2003. p. 216-220.

²⁸ FERNANDO ARAÚJO, A procriação assistida e o problema da santidade da vida. Almedina: Coimbra, 1999. p. 43.

²⁹ ANA LODI, Fertilização *in vitro* FIV. Semear diversidade. Disponível em <http://www.semeardiversidade.net/fiv-fertilizacao-in-vitro> Acesso em 15 mai 2016.

³⁰ MARCO ANTÓNIO ZANELATO, Fertilização Artificial..., cit., p. 220.

³¹ PAULA MARTINHO DA SILVA; MARTA COSTA, A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 15.

A GIFT consiste em processar os sêmens em laboratório, retirar o óvulo, misturá-los e inserir através de uma cirurgia ou utilização de uma micro-câmera nas tubas uterinas, onde ocorrerá a fertilização. A TET e a ZIFT são opções à de FIV, ICSI e GIFT, tendo os mesmos procedimentos que são realizados na FIV ou na ICSI, no entanto, são utilizadas quando há obtenção de poucos embriões formados ou poucos óvulos fertilizados.³²

Um método, mas não uma técnica, são a recepção de óvulos da parceira -ROPA-, e a maternidade por substituição ou “barriga de aluguel”.

A ROPA traduz-se na gestação compartilhada por casais homoafetivos, possibilitando a formação de família com a participação de duas mulheres³³. O processo desenvolve-se com o tratamento hormonal em uma das mulheres e posterior retirada do óvulo, e através da fertilização *in vitro* com o sêmen doado, o embrião é implantado no útero da parceira.

Nota-se que este método é parcialmente heterólogo, já que parte do material genético, no caso o masculino, será advindo de doação, e a criança terá duas mães.

A maternidade por substituição, também um método alternativo à realização do desejo de ter filhos, significa uma esperança às mulheres que não conseguem levar ao termo final uma gestação, e a única chance a um homem solteiro ou um casal homoafetivo masculino de ter um filho parcialmente biológico.

Quando há alto risco de morte para a saúde da mulher, ou quando o embrião não se desenvolve no útero, abre a possibilidade de utilizar o útero de uma outra mulher, a “mãe de substituição”, até o nascimento do bebê. A maternidade de substituição pode ser homóloga, quando o material genético pertence ao casal solicitante, ou heteróloga, quando há doação, parcial ou total, do material genético a ser implantado no útero.

A maternidade de substituição também é opção utilizada por homens, em união estável ou não, a fim de poderem realizar o desejo do exercício da paternidade. Aliás a gestação por substituição é a única maneira do homem ter um filho biológico.

No entanto, contrariamente com o que ocorre na recepção de óvulos da parceira -ROPA – com as mulheres, a qual é praticada sem restrições em clínicas nacionais, no caso masculino e em geral, a maternidade de substituição possui muitas barreiras, o que favorece a clandestinidade de realização da técnica.

³² TRATAMENTOS e INFERTILIDADE. Tratamentos Disponível em <http://www.proveta.com.br/infertilidade-e-tratamentos/tratamentos> Acesso em 15 mai 2016.

³³ ANA LODI, Recepção de óvulos da parceira. Semear diversidade. Disponível em <http://www.semeardiversidade.net/ropa-recepcao-dos-ovulos-da-parceira> Acesso em 15 mai 2016.

É um procedimento de grande controvérsia, e por isso em muitos países não é permitida. Um dos motivos de ser polêmica é a sua conotação comercial, sentido pelo qual muitas vezes é interpretada, sendo o “aluguel do útero” uma ofensa à dignidade da pessoa humana.³⁴

Fato é que a comercialização da “barriga de aluguel” se dá, em sua maioria, na clandestinidade, em razão de que, a exemplo do Brasil, o próprio Conselho Federal de Medicina estabelece a obrigatoriedade da gratuidade para a realização do procedimento. A maternidade por substituição, acontece recorrentemente no próprio âmbito familiar, entre mães, tias, primas, irmãs e avós, por uma demonstração de amor e compaixão, sem qualquer valor monetário envolvido.

Apesar de já ter sido utilizada há mais de uma década³⁵, um outro procedimento reprodutivo é a substituição mitocondrial que recentemente foi utilizada para gerar um bebê com três tipos de DNA.

Segundo a revista “New Scientist”³⁶, a mãe da criança possui uma doença grave, síndrome de Leigh, e para evitar a transferência genética desta doença para o bebê, os médicos utilizaram de um método de reparação de mitocôndrias, onde antes de fertilizar o óvulo da mãe, usaram parte de um óvulo saudável de uma doadora, ficando a criança com 0,1% do DNA da doadora e com o código genético da mãe e do pai.

Considerando a existência de todas essas possibilidades que atualmente os operadores do direito buscam identificar e contribuir ainda que doutrinariamente, para uma legislação que contemple as questões jurídicas decorrentes da utilização dessas técnicas de reprodução, de modo a preservar a vida humana e impedir que os direitos fundamentais dos envolvidos sejam violados.

No Brasil, conforme será demonstrado, ainda não há nenhuma lei que discipline as técnicas de procriação medicamente assistida, contudo este fato não obsta a sua prática, ao contrário permite que ela aconteça na clandestinidade.

Como será objeto de análise em capítulo próprio, limita-se em informar que no Brasil há não apenas um, mas vários projetos de lei (PL) acerca do tema. O projeto de lei nº 1184/2003 referente à PMA, está há mais de dez anos no Congresso Nacional e possui consigo doze outros projetos apensados (PL 120/2003 (2); PL 4686/2004 ; PL

³⁴ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 195.

³⁵ CHARLOTTE PRITCHARD, Adolescente tem três pais biológicos. BBC, 10 set 2014. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140901_mitochondrias_pais_cq Acesso em 05 set 2016.

³⁶ NEW SCIENTIST. Exclusive: Word's first baby born with new “3 parent” technique. Pub. em 27 set 2016. Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2107219> Acesso em 10 fev 2017

1135/2003 ; PL 2061/2003 ; PL 4889/2005 ; PL 4664/2001 ; PL 6296/2002 ; PL 5624/2005 ; PL 3067/2008 ; PL 7701/2010 ; PL 3977/2012 ; PL 4892/2012; PL 115/2015).³⁷

Em sentido contrário a muitos outros países, os legisladores brasileiros, muito ocupados com outros assuntos como a corrupção, praticam um verdadeiro descaso em regular o âmbito das técnicas de reprodução humana assistida, delegando a função para os juízes, que ao julgar os casos concretos são obrigados a “dizer o direito”.

1.3 Direitos fundamentais: reprodução humana como direito fundamental

A fim de iniciar este item, primeiramente estabelecer-se-á como premissa que a reprodução humana é um direito fundamental.

Contudo, ainda não sendo objetivo do trabalho o estudo da teoria dos direitos fundamentais, se buscará na doutrina o seu conceito, a função e as características destes direitos, identificando-os para o fim de então justificar a premissa aqui estabelecida.

Parte-se do pressuposto da consolidação terminológica dos direitos fundamentais, sendo estes os direitos correspondentes àqueles positivados na Constituição de cada país, em contraposição às várias outras denominações - direitos humanos, direitos de personalidade, direitos humanos fundamentais, direitos naturais -, que não lhes são sinônimas, mas tradutoras de direitos em outras categorias que podem ou não coincidir com os direitos fundamentais.

O constitucionalista Jorge Miranda, define os direitos fundamentais como direitos ou posições jurídicas ativas de pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição Formal, ou na Constituição Material³⁸.

Jose Melo Alexandrino³⁹, estabelece que pode se definir como direitos fundamentais, uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrada na Constituição.

³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Fichas de tramitação. Informação disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275> - Acesso em: 07 mar 2016.

³⁸ JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, TOMO IV - Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 9.

³⁹ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, Direitos fundamentais –Introdução Geral. Parede: Princípios, 2011. p. 23.

Ingo Sarlet⁴⁰, apesar de posicionar os direitos fundamentais conceituando estes como direitos assegurados constitucionalmente⁴¹, afirma que tais direitos não se limitam aos consagrados na constituição, mesmo os implícitos. Dispõe que os direitos fundamentais positivados revelam opções de um dado momento histórico do constituinte, mas também dependem da construção doutrinária e jurisprudencial, caracterizando-se como um sistema de direitos aberto.⁴²

Quanto às funções dos direitos fundamentais, José Melo Alexandrino⁴³ ressalta que tais direitos possuem três ideias principais, sendo elas: a) proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas; b) proteger as pessoas no relacionamento com o Estado; e, c) dar proteção contra os impedimentos do Estado, o que não exclui, segundo o autor, como no caso do aborto, que essa proteção venha significar uma espécie de dever de proteção.

Em “Teoria Geral do Estado”, Reinhold Zippelius⁴⁴ descreve que os direitos fundamentais assumem como função precípua e mais importante a de proteger a liberdade de cada indivíduo, não somente contra o poder de ingerência do Estado, mas igualmente contra qualquer manifestação totalitária deste.

No que diz respeito às características dos direitos fundamentais, Alexandrino⁴⁵ atribui as seguintes: fundamentais, pessoais, universais, permanentes, não patrimoniais e indisponíveis. Acrescenta-se a essas, no entanto, a historicidade⁴⁶, imprescritibilidade⁴⁷ e relatividade⁴⁸.

Os caracteres atribuídos a estes direitos nos indicam que são direitos tradutores de necessidades humanas fundamentais e que pertencem a todas as pessoas, por isso

⁴⁰ INGO WOLFGANG SARLET, O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, por Ingo Sarlet. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/> Acesso em 12 Nov 2016.

⁴¹ INGO WOLFGANG SARLET, O conceito..., cit., disponível online.

⁴² Este aspecto aberto dos direitos fundamentais pode ser traduzido, inclusive, pela identificação das dimensões dos direitos fundamentais Utilizando termo dimensões, já que ultrapassado falar-se em gerações de direito dada a sua conotação de fim dos direitos quando surge nova geração.

⁴³ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, Direitos fundamentais..., cit., p. 23.

⁴⁴ REINHOLD ZIPPELIUS, Teoria Geral do Estado. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997. p. 419.

⁴⁵ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, Direitos fundamentais..., cit., p. 24.

⁴⁶ GILMAR FERREIRA MENDES; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Curso de direito constitucional. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.242.

⁴⁷ JOSÉ AFONSO SILVA, Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁴⁸ GILMAR FERREIRA MENDES; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Curso de direito..., cit., pp. 230 e 231.

universais. Por serem direitos vinculados à condição pessoal⁴⁹, são insuscetíveis de apropriação e expropriação.

Além disso, não possuem tempo determinado de exercício, sendo permanentes e imprescritíveis, mas não são absolutos, e justamente por traduzir necessidades humanas, faz parte de um sistema aberto determinado por contextos onde outros direitos podem vir a ser assim designados.

Dito isto, o que faz de um direito, ser um direito fundamental? E o que faz da reprodução humana ser assim considerada?

Pode-se afirmar que por traz de um direito fundamental existe uma necessidade humana⁵⁰. Entende-se, que é o liame desta necessidade com o valor e importância que ela possui frente ao ser humano, que faz um direito ser considerado um direito fundamental e merecer proteção jurídica adequada.

No âmbito da reprodução humana, a primeira constatação a se fazer é que o desejo da procriação é inato à pessoa humana. O desejo de procriar, além de significar a perpetuação da espécie, do sangue, do nome da família, é também uma *forma de combater a mortalidade*⁵¹, é um projeto de vida.

A atribuição à reprodução humana de um caráter de direito fundamental, deve-se ao fato da importância que possui para natureza do homem, não somente no âmbito coletivo, mas sobretudo para cada indivíduo,⁵² é o “first and foremost and individual interest.”⁵³

John Robertson defensor da liberdade reprodutiva, entende que as “reproductive experiences are central to personal conceptions of meaning and identity”⁵⁴ sendo cruciais para a auto definição individual.

⁴⁹ Fato que nem todo direito fundamental é pessoal no sentido de ser inalienável. A exemplo, o direito de propriedade, trata-se de um direito fundamental, é pessoal, no entanto, passível de expropriação e apropriação. O indivíduo é livre para vender ou adquirir bens, na forma da lei.

⁵⁰ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 63. Claro que nem toda necessidade humana pode adquirir um caráter de direito fundamental, mas a princípio o que faz surgir um direito fundamental é determinada necessidade humana, que de tão importante, merece proteção.

⁵¹ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 118. Sua tese sobre direito à imortalidade, a autora trata o direito reprodutivo como realização de um desejo pela imortalidade, manifestado pela transmissão não somente do DNA, mas o conhecimento, o nome, a perpetuação da espécie e de si mesmo, já que o medo do esquecimento é algo presente no indivíduo.

⁵² VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., pp. 118-120.

⁵³ JOHN A. ROBERTSON, *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994. p. 22.

⁵⁴ JOHN A. ROBERTSON. *Children of choice*,..., cit., p. 4.

A historicidade⁵⁵, como característica dos direitos fundamentais, permite inferir que estes direitos além de não serem extintos com a passagem do tempo, dentro de um contexto determinado por aspectos políticos, culturais, econômicos e sociais, bem como de uma construção doutrinária e jurisprudencial, podem ter seu catálogo estendido⁵⁶.

Vera Lúcia Raposo⁵⁷ a esse respeito afirma que esses direitos não possuem caráter fundamental desde “o sempre”, ou seja, a sua existência é dada de maneira gradual, conforme o desenvolvimento da sociedade, e que acaba por coincidir com a modernização do mundo.

A esse respeito, se pontua que a reprodução humana não é um direito novo, isto é, não é algo que surgiu ou foi reconhecido com o desenvolvimento da sociedade e desencadeado por fatores que transformam o mundo em um habitat cada vez mais tecnológico e moderno.

A reprodução humana natural é milenar, aceita sem muitas indisposições pela sociedade. No entanto, o surgimento de métodos científicos para a realização da procriação, com o desenvolvimento das técnicas de PMA, faz com que muitos questionem acerca da própria existência de um direito de procriar.

Eduardo de Oliveira Leite⁵⁸ afirma que o direito de ter filhos, é uma faculdade ou liberdade, no entanto, a procriação não é um direito. Para o autor, o desejo de ter filhos, justificado nessa liberdade e colocado lado a lado com outros direitos como a vida, não é admissível sob o olhar do lado da criança.

Fernando Araújo⁵⁹ mostra-se reticente quanto à existência de um direito de procriar, preferindo afirmar que a liberdade de procriar consiste em um interesse, mas considerá-la como um direito fundamental é tormentoso. Admite que tal direito pode existir apenas como forma de impedir uma esterilização forçada como expressão de uma sanção ou punição.

A este respeito, Jorge Duarte Pinheiro⁶⁰, ressalta que o direito de procriar pode ser traduzido por uma via positiva – ter filhos, e uma negativa – não ter filhos. Mas pontifica

⁵⁵ p. 54.

⁵⁶ NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 5-19. “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

⁵⁷ VERA LUCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, cit., p. 64.

⁵⁸ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Procriações artificiais...*, cit., p. 354.

⁵⁹ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação...*, cit., p.19-20.

⁶⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*. 4ª Edição. AAFDL: Lisboa, 2013, p. 216.

que essa liberdade em ter ou não filhos, deve sempre respeitar o interesse da futura criança.

Eduardo Oliveira Leite⁶¹ ressalta que a Constituição do Brasil não positivou o direito de procriação, ao passo que estabeleceu o dever de assegurar, com toda prioridade, o direito da criança a ter uma convivência familiar normal, protegendo-a de toda e qualquer discriminação.⁶²

Quanto a convivência familiar tida como “normal” o autor afirma que isto não é possível quando a paternidade pretende ser exercida por uma pessoa singular ou por um casal homoafetivo. O que com a reprodução assistida é perfeitamente possível a paternidade por pessoas solteiras e homofetivas.

Embora a Constituição, assim como, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), protejam os direitos da criança, não se pode afirmar com base nessa proteção, que a criança estará desprotegida se criada em um ambiente familiar que seja monoparental ou homoafetivo.

Tal pensamento não converge com valores e princípios de solidariedade, igualdade, respeito, e sim incitam a discriminação, e provocam um retrocesso na busca pela concretização da igualdade de gênero.

O fato de caracterizar o direito a reprodução humana como um direito fundamental, não é o mesmo que atribuir-lhe um conceito ilimitado de realização. Foi demonstrado que os direitos fundamentais são relativos⁶³, ou seja, podem ser restringidos, sem extingui-los, quando em conflito com outros direitos fundamentais for a medida necessária.

Neste sentido, Robertson que defende a liberdade de reprodução natural e artificial, manifesta entendimento de que "The invocation of procreative liberty as a dominant value is not intended to demolish opposition or end discussion. Procreative choice-s that clearly harm the tangible interests of others are subject to regulation or even prohibition". Assim como todos os outros direitos fundamentais, a liberdade reprodutiva não é absoluta.

Quanto à ausência de positivação do direito à reprodução na Constituição, se reitera aqui que os direitos fundamentais positivados não são taxativos⁶⁴, podendo ser

⁶¹ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 355.

⁶² EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 355.

⁶³ JORGE MIRANDA, Manual de Direito..., cit., p.134-135.

⁶⁴ JORGE MIRANDA, Manual de Direito..., cit., p. 195.

incluídos novos direitos ou alargados os já existentes. Igualmente, não havendo expressamente garantido o direito à reprodução, cumpre assinalar que existem vários direitos fundamentais que são não somente identificadores, mas constituem fundamento deste direito na CRFB.

2 CONTEÚDO DO DIREITO À REPRODUÇÃO

A evolução no âmbito da reprodução humana, revela uma diferença entre passado e presente, a qual torna-se causadora de controvérsia relacionadas ao direito de reproduzir, mas também serve de argumento fundamental para a reivindicação deste. Trata-se do desejo de ter um filho como realização da *persona*.

Embora seja inato à natureza humana o desejo de filiação⁶⁵, a diferença que se expõe é que nas instituições familiares tradicionais, composta de pai-mãe-filhos, gerar uma criança não constituía, muitas vezes, uma satisfação, era um dever do casal, da mulher, era um dever imposto pela sociedade. Ainda que seja patente este “dever social”, o mesmo não influencia ou determina a decisão das pessoas em ter ou não filhos.

A independência profissional e pessoal conquistada pelas mulheres, aliada aos vários meios de contracepção, trouxe consigo uma escolha quanto ao tempo de ser mãe. À custa da realização profissional e pessoal, fica muitas vezes a dor da dificuldade ou mesmo impossibilidade de engravidar futuramente, dada a modificação natural do organismo.

Em que pese as escolhas que foram feitas, o lapso temporal e as transformações sofridas no organismo, fato é que o indivíduo possui direito de se reproduzir, e pode exercer a sua liberdade de procriar de maneira positiva ou negativa.⁶⁶ Esta manifesta-se pela escolha de não ter filhos biológicos, e aquela na escolha em ter filhos biológicos, inclusive através das técnicas de PMA, com total ou parcial utilização de material genético.

2.1 Direito de não reproduzir

Os métodos contraceptivos desenvolvidos a partir do conhecimento do processo reprodutivo, possibilitou o controle da natalidade. Vera Lúcia Raposo⁶⁷ afirma que enquanto no direito à reprodução o que se reclama é uma liberdade de fazer no sentido de procriar da forma que lhe aprouver, inclusive mediante as técnicas de PMA, no direito a não reprodução o cidadão reclama um direito de “não fazer”.

⁶⁵ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p.101.

⁶⁶ MARCO ANTÔNIO ZANELATO, Fertilização Artificial..., cit., p. 33.

⁶⁷ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 144.

Tal direito compreendido paralelamente ao direito de exercício do planejamento familiar, se enquadra no aspecto negativo deste, ou seja, na escolha por não ter filhos. O não reproduzir materializa-se como direito, por exemplo, com o acesso à política públicas não somente informativas, mas também que por tratar-se de saúde reprodutiva, ofereçam os métodos adequados a cada pessoa para evitar a procriação.

No âmbito da reprodução natural, este direito envolve o acesso à preservativos, pílulas anticoncepcionais e outros métodos contraceptivos, inclusive a esterilização se assim o indivíduo requerer.⁶⁸

Já no âmbito da reprodução realizada por intermédio das técnicas de PMA, o direito à não reprodução refere-se ao direito que toda pessoa tem de não ser desrespeitada em seu desejo de não procriar. Assim, não pode a pessoa ser submetida, ou ter seu material genético utilizado, em qualquer procedimento científico para reprodução que não tenha manifestado consentimento.

O que é contrário inclusive aos princípios bioéticos já citados, sendo necessário legislação para disciplinar o exercício das clínicas que oferecem estes tratamentos bem como as punições para eventuais infrações.

Além do fato de que não existe no Brasil norma reguladora que estabeleça punição àqueles que não respeitarem a obrigação de consentimento para a realização de qualquer procedimento, ainda ligada a não reprodução, há a delicada questão de se considerar ou não a prática do aborto como um método de exercício ao direito de não reproduzir.

Em que pese as fundadas discussões acerca do aborto e a legalização ou não da sua prática, não é o estudo desta problemática o objetivo do trabalho. Contudo, abordaremos o que dispõe algumas declarações internacionais e qual a situação do Brasil no que diz respeito ao aborto.

A Conferência do México realizada em 1984 adotou uma posição para impor aos governos a implantação de políticas que reduzissem a morbidade e mortalidade materna, devendo tomar medidas para auxiliar as mulheres a evitarem o aborto, que segundo o disposto na conferência não deve ser tratado como um dos instrumentos de planejamento

⁶⁸ Os métodos contraceptivos podem ser divididos em cinco grupos: comportamentais (tabelinha, coito interrompido), de barreira (camisinha, diaphragma), hormonal (pílulas, anéis vaginal) e cirúrgico (laqueadura e vasectomia). Métodos contraceptivos.

BRASIL ESCOLA. Métodos contraceptivos. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/biologia/anticoncepcionais.htm> Acesso em 15 Abri 2016.

familiar, no entanto, sempre que possível deve ser oferecido o devido tratamento e aconselhamento àquelas mulheres que chegaram a recorrer a um aborto.⁶⁹

Da mesma forma foi a posição adotada no programa de ação estabelecido no Cairo em 1994, o qual não estimulou a legalização do aborto tendo em seu texto a reafirmação do que já havia sido estabelecido na Conferência de 1984 do México, ou seja, o não reconhecimento do aborto como método de planejamento familiar.

O programa de ação, contudo, estabeleceu o dever dos estados e das organizações não governamentais em fortalecer o compromisso com a saúde da mulher e enfrentar o problema do aborto como elementar à saúde pública. Expôs ainda que nas situações em que o aborto é considerado legal, o mesmo deve ocorrer de forma estritamente segura.⁷⁰

No Brasil, a prática do aborto é vedada, salvo quando verificadas as situações descritas no Código Penal Brasileiro (CPB)⁷¹ para as quais são ausentes as penalidades. No caso de feto anencéfalo, ausente autorização legal, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a interpretação no sentido de aplicar os artigos que tipifica o aborto como crime no CPB, permitindo às gestantes, sendo verificada a anencefalia, a opção pela interrupção da gravidez, conforme seu consentimento.⁷²

Há projetos de lei no Congresso Nacional que objetivam regulamentação sobre o aborto, mas os legisladores por sofrerem muitas influências, como religiosa e também da própria sociedade acabam sempre postergando a discussão para regular a matéria.

Essa inércia do legislativo transfere uma “obrigação” ao judiciário, o qual diante de um caso concreto e na ausência de norma, precisa dar uma prestação judiciária ao cidadão, e assim, muitas vezes “legislar” como ocorreu com o caso dos fetos anencéfalos.

⁶⁹ JOSÉ AUGUSTO LINDREN ALVES, *Relações...*, cit., p. 155.

⁷⁰ JOSÉ AUGUSTO LINDREN ALVES, *Relações...*, cit., p. 164.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília; 31 dez 1940. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em 24 ago 2016

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁷² Além dos casos legalmente descritos acima, foi julgado uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a número 54, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou a inconstitucionalidade da interpretação que considera a interrupção da gravidez de feto anencefalo como uma conduta tipificada nos artigos 124 a 128, do Código Penal legal, considerando, portanto, o direito das gestantes de anencéfalos de interromper a gravidez. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Gestantes de anencefalos têm direito de interromper gravidez. Pub. em. 12 abr 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878> Acesso em: 10 abr 2016

O mesmo aconteceu em novembro/2016⁷³. Trata-se de um caso no qual os pacientes (partes na ação de habeas corpus-HC), que mantinham uma clínica de aborto, foram presos em flagrante incriminados por suposta prática do tipo penal descrito no artigo 126⁷⁴ e 288⁷⁵ do CPB. Presos, interpuseram um HC 290.341/RJ em face do acórdão proferido pela sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que manteve a prisão e não conheceu do HC apresentado. Assim, recorreram ao STF através do HC 124.306/RJ.

Ao analisar o HC, o ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, apesar de considerar o instrumento inadequado, justificando pois a sua extinção sem resolução do mérito, manifestou entendimento de que em razão da relevância do mérito da causa, era caso de julgá-lo por ordem de ofício.

Entendeu o Ministro que a decisão recorrida não poderia ser mantida (foi seguido pela maioria dos ministros), resumidamente, pelos seguintes motivos: não cumpria os requisitos necessários para a prisão; a interpretação conforme a constituição dos artigos que tipificam o aborto como crime, exclui quando a interrupção é realizada de maneira voluntária até o terceiro mês de gravidez; a criminalização do aborto neste caso, ofende os direitos fundamentais sexuais e reprodutivos da mulher, além de violar o princípio da proporcionalidade.

A decisão do STF provocou várias manifestações sociais e surtiu negativamente no Congresso Nacional, fazendo o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, a instaurar uma comissão para debater o aborto e rever a decisão do STF, pois segundo ele, sempre que o Supremo legislar a câmara precisa deliberar sobre o assunto.⁷⁶

Legislar ou como no caso decidir sobre matérias que afetam diretamente a intimidade das pessoas, é de extrema responsabilidade, sobretudo porque não há uma objetividade para determinar o que é legal ou ilegal⁷⁷, e portanto, criminalizar o aborto após oito ou doze semanas, é um critério que pertence aos legisladores.

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.^a Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. Voto do Ministro Luiz Roberto Barroso. Pub. em 29 nov 2016. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 28 abr 2016.

⁷⁴ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁷⁵ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

⁷⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Depois de decisão do STF sobre aborto, Maia cria comissão para discutir o tema. Pub. 30 nov 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/520372-DEPOIS-DE-DECISAXO-DO-STF-SOBRE-ABORTO,-MAIA-CRIA-COMISSAO-PARA-DISCUTIR-TEMA.html> Acesso em 12 Dez 2016

⁷⁷ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO. Curso livre e ética e filosofia do direito. Cascais: Princípia, 2010. p. 215.

Importante observar que a decisão proferida pelo STF, aborda o aborto apenas em respeito aos direitos fundamentais sexuais e reprodutivos da mulher, tratando o aborto como uma questão de gênero, pois transfere a decisão de ter ou não ter filhos apenas às mulheres em detrimento dos homens que pela condição natural não pode ter filhos, e portanto, não poderia decidir pela sua paternidade.⁷⁸

Eduardo Vera-Cruz Pinto⁷⁹, ainda a respeito, afirma que tratar o aborto dessa forma, além de violar a igualdade de gênero, menospreza e degrada a relação do pai com o feto. Guardar a decisão de manter ou não a gravidez apenas à mulher, excluindo o pai da participação decisória, é uma opção segundo o autor, inaceitável.

A decisão dos legisladores pela legalidade do aborto no ordenamento jurídico brasileiro precisa passar pela compreensão de que o nascituro é um ser de direitos, adotando a teoria concepcionista, ou teoria natalista se considerar que titulares de direitos são somente aqueles que nascem com vida.

Há muita divergência doutrinária sobre o assunto, porque o Código Civil apesar de em seu artigo 2.º dispor que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, também resguarda os direitos do nascituro desde a concepção.

Não obstante a opção do legislador a respeito, consideramos que o aborto sendo um método de interrupção da gravidez, não pode ser enquadrado no âmbito do direito a não reprodução, simplesmente porque não é um instrumento de política preventiva, agindo após a concreção da concepção.

2.2 Direito a ter filhos biológicos

O primeiro pensamento que faz parte da decisão de reproduzir, é a ideia de ter uma pessoa do seu próprio sangue, e ainda no caso da mulher, que “sairá” de dentro do próprio organismo. Na reprodução natural, não cabe aferição alguma, tendo em vista que obviamente haverá identidade biológica entre os envolvidos e, portanto, o laço biológico.

Mas o argumento do direito a ter filho biológico⁸⁰ no contexto das técnicas de PMA, possui grande importância quando se está diante de um casal ou pessoa singular que somente poderá ter um filho biológico se utilizarem de alguma das técnicas de PMA.

⁷⁸ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO. Curso livre e ética..., cit., p. 230.

⁷⁹ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO. Curso livre e ética..., cit., p. 231.

⁸⁰ Não porque esse é o critério que define a filiação, haja vista que atualmente prevalece em muitas situações na jurisprudência brasileira a filiação socioafetiva, mas sim pelo desejo da transmissão genética, do filho de sangue.

No caso de casais que utilizam a reprodução heteróloga, onde obviamente haverá presença de material genético alheio, Vera Lúcia Raposo⁸¹ assinala que aquele que não contribuiu geneticamente não exerce o direito de reproduzir, mas sim o direito de constituir uma família.

A ideia de o direito reprodutivo reduzir ao caráter biológico ou genético seu exercício, não torna a reprodução biológica apenas o suficiente para que ele se concretize. Mais do que isso, é preciso desejar esse filho biológico, sendo justamente esse critério que define a ausência de laços com os doadores de materiais genéticos e da doadora de útero.

Se contrário fosse, se o direito reprodutivo materializasse apenas com a reprodução biológica em si, a utilização das técnicas de PMA, bem como os bancos que recebem doação e clínicas que realizam os procedimentos, estariam fadadas ao fracasso diante de tamanha insegurança.

Tratando de técnicas de PMA, é justamente o caráter biológico que justifica a reivindicação do direito de reprodução, e não torna a adoção uma alternativa neste contexto⁸². Isso porque, quem faz a adoção seguindo a mesma justificativa do indivíduo que não contribui com material genético para a realização da técnica de PMA, não está a exercer o direito reprodutivo, mas sim o de constituir família.

A adoção não pode inclusive ser utilizada como argumento na finalidade de impedir a utilização de técnicas de reprodução artificial, porque são conceitos diversos que devem ser aplicados a situações diferentes. Eduardo Oliveira Leite⁸³, ressalta que a decisão pela procriação artificial tem fundamento em um direito íntimo do casal em constituir uma família com descendência genética.

Incontestável o valor afetivo e social que a adoção agrega, no entanto, não pode e não tem o condão de impedir ou limitar a incessante busca desenvolvida seja por um casal estéril ou por uma pessoa singular, na realização do direito reprodutivo e obtenção de um filho biológico, mesmo que com parte do material genético doado por outra pessoa.⁸⁴

⁸¹ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 163.

⁸² VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 164.

⁸³ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 139.

⁸⁴ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p.142.

2.3 Direito a ter filhos mediante o uso das técnicas de PMA

O reconhecimento do direito reprodutivo como direito fundamental, implica em determinar o âmbito e os meios para a sua concretização, sobretudo quando na contemporaneidade vem surgindo variadas formas da mulher conceber assistida por um profissional médico em laboratório, a partir de uma decisão em casal ou individual.

Compartilhando do entendimento de Robertson⁸⁵, o direito reprodutivo protege tanto a reprodução natural sexual, como a artificial, sendo “an individual or couple's choice to use technology to achieve reproductive goals”. Assim, as técnicas de reprodução artificial integram os métodos para atingir um objetivo pessoal ou conjunto, qual seja, de ter um filho.

As técnicas como métodos reprodutivos enfatizam sua característica de meio utilizado à obtenção de um resultado, e apesar das pessoas que decidem submeter-se a um processo de PMA estarem focadas e colocarem todas as suas expectativas no resultado, precisam estar cientes que as técnicas de PMA são meios que não garantem o sucesso do resultado.

Não obstante as expectativas reconhecidas, no âmbito do direito reprodutivo, especialmente no que diz respeito às técnicas de PMA, o que se reivindica é o direito de não ser impedido de recorrer a tais técnicas para procriar⁸⁶, ainda que se saiba que o resultado – o almejado filho, em muitas situações, não será concretizado.

Ainda, é preciso pontuar que aceitar e considerar legal o uso das técnicas de procriação medicamente assistida como meios para realização da maternidade e pleno exercício do direito reprodutivo, não implica de igual forma estabelecer que o Estado assim como oferece meios contraceptivos cumprindo a dimensão negativa do direito reprodutivo também deverá dentro da dimensão positiva deste direito, possibilitar o acesso às técnicas de reprodução humana.

Apesar da impossibilidade financeira do Estado em proporcionar satisfatoriamente os tratamentos de PMA àqueles que necessitam, há décadas a comunidade internacional vêm requerendo atenção especial à saúde e liberdade reprodutiva. A prestação positiva do Estado deve ser realizada através de políticas públicas.

⁸⁵ JOHN A. ROBERTSON. *Children of choice*,..., cit., p. 32.

⁸⁶ VERA LUCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*..., cit., p. 159.

Tal preocupação foi objeto da Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento realizada no Cairo em 1994⁸⁷, que estipulou como uma das metas a serem alcançadas, o acesso universal a uma ampla gama de serviços para obter excelência em saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar e as alternativas para sua concretização, o que inclui as técnicas de PMA.

No Brasil, os tratamentos de reprodução artificial de forma gratuita são extremamente deficitários dada a impossibilidade mencionada, e obedecem a uma ordem estabelecida em uma espécie de fila de espera. Existem apenas nove hospitais públicos⁸⁸ que realizam este tipo de tratamento, o que é ínfimo considerando a demanda existente⁸⁹.

Dessa forma, ainda que ineficiente o acesso às técnicas de reprodução por todas as pessoas que delas necessitam, não se pode deixar de valorizar a preocupação que vem progredindo no que diz respeito à saúde reprodutiva ao longo dos anos. Sendo importante frisar, sobretudo, que essas técnicas ainda que inacessíveis à muitas pessoas, não devem ter seu uso, quando possível por aquelas, restringidas nem pelo Estado, nem por terceiros.

⁸⁷ TÂNIA PATRIOTA, Relatório..., cit., disponível online.

⁸⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Infertilidade não é empecilho para quem quer ser pai. Portal Brasil, pub. 10.08.2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/08/infertilidade-nao-e-empecilho-para-quem-quer-ser-pai> Acesso em 20 set 2016.

⁸⁹ VOLNEI GARRAFA, J CORDÓN. Pesquisa em bioética no Brasil de hoje. 1 ed., São Paulo: Global, 2006, p. 87-88.

3 EXPRESSÃO DO DIREITO REPRODUTIVO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Inicialmente é necessário expor que não há como reconhecer um direito reprodutivo, positivado no âmbito internacional, que irradie sobre todos os países. No entanto, as declarações, convenções, conferências, estatutos internacionais são documentos que embora não determinam, influenciam e ligam os ordenamentos nacionais com as regras elaboradas internacionalmente.

Vários instrumentos internacionais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), vêm trazendo, ainda que implicitamente, reconhecimento de liberdades, direitos que em referência às questões familiares, tratam também da reprodução humana.

Se fará aqui um apanhado de documentos internacionais relativos ao tema, especialmente o contributo das Nações Unidas, que são e foram importantes para as elaborações de leis específicas e constitucionalização de direitos relacionados à família, planejamento familiar e reprodução:

- 1948. A DUDH que como os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, proclamou, implicitamente, em seu texto, direitos inerentes ao direito reprodutivo, especificamente os descritos nos artigos XVI e XXVII⁹⁰. Identifica-se nos mencionados artigos, o direito do homem e da mulher em contrair matrimônio e constituir família, além de constar o direito de participar e obter os benefícios dos progressos científicos.

⁹⁰ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> Acesso em 18 Nov 2015. Artigo XVI - 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Artigo XXVII - 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

- 1966. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Civis e Políticos. Em ambos documentos é assegurado o direito de constituir família, no artigo 10⁹¹ e 23⁹², respectivamente.

- 1968. Conferência Internacional de Direitos Humanos, Proclamação do Teerã.

Além de destacar e reafirmar direitos e liberdades consagrados internacionalmente, foi nesta Conferência, no artigo 16, que pela primeira foi declarado como um direito humano fundamental, o direito dos pais decidirem quando e quantos filhos iriam ter⁹³.

- 1969. Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social, proclamada pela Assembleia Nacional Constituinte de 11 de Dezembro de 1969, prescreve em seu artigo 4º o direito ao planejamento familiar⁹⁴.

- 1974. Plano de Ação de Bucareste sobre população⁹⁵.

Embora durante a realização desta conferência tenha sido pretendido por alguns países a imposição da redução das taxas de natalidade, com o controle do planejamento

⁹¹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES-BRASIL. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Delbrasgen/pt-br/file/Pacto%20Internacional%20de%20Direitos%20Econ%20c3%b4micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf> Acesso em 18 nov 2015.

Artigo 10.º Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1. Uma proteção e uma assistência mais amplas possíveis serão proporcionadas à família, que é o núcleo elementar natural e fundamental da sociedade, particularmente com vista à sua formação e no tempo durante o qual ela tem a responsabilidade de criar e educar os filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos

⁹² NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível em <http://acnudh.org/pt-br/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos/> Acesso em 18 mai 2016.

ARTIGO 23

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e construir família.

3. Casamento algum será sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos.

4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e o por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

⁹³ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – Proclamação do Teerã. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm> Acesso em 15 nov 2015.

⁹⁴ GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_1.htm. Acesso em 15 nov 2015.

Artigo 4º. A família, enquanto unidade básica da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, em particular crianças e jovens, deve ser auxiliada e protegida a fim de que possa assumir plenamente as suas responsabilidades no seio da comunidade. Os pais têm o direito exclusivo de determinar de forma livre e responsável o número e o espaçamento dos seus filhos.

⁹⁵ JOSÉ AUGUSTO LINDREN ALVES, Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências. Brasília: IBRI, 2001. p. 152.

familiar, o que acabou por constar no plano de ação foi a liberdade dos casais em decidir a quantidade de filhos e o tempo em que os teriam.

- 1979. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Ratificando os direitos afirmados na Carta das Nações Unidas, o texto desta Convenção estabeleceu no artigo 11, *f*, a proteção da saúde inclusive a função de reprodução, e no seu artigo 12, preconizou aos Estados-partes a adoção de medidas para assegurar na igualdade entre homens e mulheres o acesso aos serviços médicos, também todos os serviços necessários no âmbito do planejamento familiar.⁹⁶

- 1984. Conferência do México.

Esta conferência foi realizada para analisar o plano de ação sobre população implantado em Bucareste em 1974. Entre as principais mudanças ocorridas em relação à Bucareste foi a ênfase dada às mulheres quanto a fecundidade. A recomendação estabelecida nesta conferência foi a necessidade do controle da fecundidade pelas mulheres, sendo isto determinante para o alcance de outros direitos.⁹⁷

- 1994. Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento realizada no Cairo.

O capítulo 7 do programa de ação definido no Cairo, tratou dos “Direitos reprodutivos e saúde reprodutiva”. Foi o primeiro documento universal que trouxe expressamente a figura dos direitos reprodutivos e assim os definiu:

(...) os direitos reprodutivos englobam certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, documentos internacionais de direitos humanos e outros documentos consensuais das Nações Unidas. Tais direitos se baseiam no reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos de decidir livre e responsavelmente o número, o espaçamento e a época de seus filhos, e de ter informação e meios de fazê-lo, assim como o direito de atingir o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva.⁹⁸

A conferência do Cairo, estabeleceu um programa de ação que ratificou a existência e elevou os direitos reprodutivos à categoria de direitos humanos reconhecidos

⁹⁶ PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm> Acesso em 20 nov 2015.

⁹⁷ JOSÉ AUGUSTO LINDREN ALVES, *Relações...*, cit., p. 154.

⁹⁸ TÂNIA PATRIOTA, Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma do Cairo. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 13.02.2016.

em tratados internacionais.⁹⁹ Assim como as conferências do Bucareste e México, a do Cairo tinha como foco a questão populacional no planeta. No entanto, com a diferença de que a Conferência do Cairo teve uma abordagem do tema a partir dos direitos humanos, enquanto que as conferências anteriores para estudar o problema populacional, utilizaram uma ótica baseada em estratégias geopolíticas.¹⁰⁰

- 1995. IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim.

Das reuniões durante a conferência, dois documentos foram elaborados: a Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Este último documento reiterando o que já havia sido estabelecido no Cairo há um ano, ressaltou no parágrafo 92 que, “A boa saúde, indispensável para se viver de forma produtiva e satisfatória e o direito de todas as mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular a sua própria fecundidade, é fundamental para sua emancipação”.¹⁰¹

As definições de saúde reprodutiva e direitos reprodutivos, também foram reiteradas pela plataforma de ação de Pequim. Assim como nos outros documentos internacionais, o plano de ação de Pequim, também ressaltou a necessária atenção dos governos quanto à aplicação de medidas para não apenas combater o aborto, mas também conceder às mulheres tratamentos com segurança, sem contudo, transformá-lo em um método de planejamento familiar.

Assim sendo, verifica-se que o tema acerca dos direitos reprodutivos vêm há décadas sendo declarados, ainda que relacionado sempre ao direito à saúde reprodutiva, como direitos humanos.

⁹⁹ ROGER RAUPP RIOS, *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

¹⁰⁰ JOSÉ AUGUSTO LINDREN ALVES, *Relações...*, cit., p. 168.

¹⁰¹ JOSÉ AUGUSTO LINDREN ALVES, *Relações...*, cit., p. 226.

4 DIREITOS E PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO IDENTIFICADORES DO DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA

Sendo o direito reprodutivo um direito pertencente ao ambiente mais íntimo e intrínseco à personalidade do indivíduo, apresentar-se-á neste capítulo os direitos jurídico-constitucionais sob os quais o direito reprodutivo encontra-se enraizado. Assim, demonstrar-se-á que o direito reprodutivo pode ser identificado como direito:

- à saúde, especificamente à saúde reprodutiva (art. 6º, CRFB);
- de constituir família e ser reconhecida como tal (art. 226, § 1.º, § 3.º, § 4.º, da CF) e ao direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7.º, da CRFB);
- da personalidade (art. 11 ao 21, do Código Civil Brasileiro-CCB), e livre desenvolvimento da personalidade que diferentemente da Constituição Portuguesa, não vem estabelecido na CRFB, mas possui como alicerce o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

4.1 Direito reprodutivo como direito à saúde reprodutiva (art. 6.º, CF)

O direito à saúde encontra-se disposto no artigo 6º do Capítulo II - Dos Direitos Sociais¹⁰². Sendo um direito fundamental social que preconiza ao Estado uma obrigação de fazer, através de, por exemplo, políticas públicas, com a finalidade de não somente garantir tratamentos à saúde física, mental e comportamental, bem como informar e fornecer os meios para a prevenção.

Vera Lúcia Raposo¹⁰³, pontua sobre a dificuldade de enquadrar o direito reprodutivo no âmbito do direito à saúde, pois tanto a infertilidade sofre para ser identificada como doença, quanto as técnicas de PMA para ser o tratamento daquela.

A infertilidade é caracterizada pela Organização Mundial de Saúde como uma doença, conforme pode ser observado no cadastro internacional de doenças¹⁰⁴, que classifica vários tipos de infertilidade, inclusive as de causas não identificadas.

¹⁰² BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília; 5 out 1988 Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1bIJ9XW> Acesso em 12 fev 2016. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰³ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., Rp. 319.

¹⁰⁴ MEDICINA NET. Pesquisa de CID – Infertilidade. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/pesquisa/cid10/nome/infertilidade.htm> Acesso em 10.05.2016.

Sobre a infertilidade e seus respectivos CIDs:

N46 Infertilidade masculina

Conforme definição da OMS, a saúde, é “a state of complete physical, mental and social well-being, and not merely the absence of disease or infirmity”¹⁰⁵.

A partir desta definição, ainda que a infertilidade não fosse considerada uma doença, estaria no âmbito do direito à saúde, porque o exercício ou o impedimento¹⁰⁶ de exercer a liberdade de reprodução podem causar danos físicos e psicológicos aos sujeitos envolvidos.

Reproduzir, naturalmente ou de forma assistida, demanda cuidados médicos, e o não reproduzir?

O não reproduzir pode estar ligado à uma escolha, mas pode ser resultado de um tipo de infertilidade, ou ainda decorrente de uma impossibilidade em razão da opção sexual. Ressalvado a escolha por não ter filhos, as outras possibilidades provocam uma avalanche de sentimentos ruins nas pessoas que buscam pela concretização da paternidade.

A impossibilidade natural de ter filhos e a conseqüente ausência destes para a pessoa ou para o casal, proporciona uma aura tão negativa, que assemelha a um verdadeiro luto. Além de enfrentarem um processo de aceitação pessoal de que não poderão procriar, ter descendentes e perpetuar o nome, o diagnóstico de infertilidade também os fazem enfrentar uma realidade social que não é nada fácil.¹⁰⁷ O sentimento é de desvalorização misturado à grande frustração de não poder constituir uma família.

Neste sentido, Maria do Céu Patrão Neves¹⁰⁸, enfatizando o caráter psicológico da infertilidade, afirma que esta não pode ser reduzida a uma situação biológica em razão da sua estreita relação com o desejo de procriar.

N97 Infertilidade feminina

N97.0 Infertilidade feminina associada à anovulação

N97.1 Infertilidade feminina de origem tubária

N97.2 Infertilidade feminina de origem uterina

N97.3 Infertilidade feminina de origem cervical

N97.4 Infertilidade feminina associada à fatores do parceiro

N97.8 Infertilidade feminina de outra origem

N97.9 Infertilidade feminina não especificada

¹⁰⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Reproductive health. Disponível em: http://www.who.int/topics/reproductive_health/en/ Acesso em 10.05.2016.

¹⁰⁶ Fala-se em impedimento por considerar as pessoas singulares e os homoafetivos, que naturalmente não poderão exercer a liberdade reprodutiva, excluindo a natural, sem o auxílio de técnicas de PMA.

¹⁰⁷ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 25.

¹⁰⁸ MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica. In: A ética e o direito no início da vida humana. Coord. NUNES, Rui; e, MELO, Helena Pereira de. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2001. p. 80.

Isso explica porque muitas vezes se identifica que em situações nas quais havia sido verificada a infertilidade e que após tentativas de insucesso, tendo sido o desejo de procriar temporário ou definitivamente esquecido, as pessoas envolvidas conseguem engravidar naturalmente.

Assim, o direito à saúde engloba o direito à reprodução, na medida em que para o exercício deste, é necessário uma saúde física e psicológica reprodutiva, que segundo a OMS,

Addresses the reproductive processes, functions and system at all stages of life. Reproductive health, therefore, implies that people are able to have a responsible, satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so.¹⁰⁹

Ainda no âmbito do direito à saúde reprodutiva, a OMS ressalta:

Implicit in this are the right of men and women to be informed of and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of fertility regulation of their choice, and the right of access to appropriate health care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth and provide couples with the best chance of having a healthy infant.¹¹⁰

Sendo a reprodução compreendida como um problema de saúde e, portanto, pública, isso impõe uma preocupação dos governos no sentido de promover os meios de acesso e instrumentos adequados para o tratamento deste problema por todos os cidadãos.

Claro que o direito reprodutivo como um direito à saúde, abordando a prestação de informações, bem como os tratamentos necessários para reprodução humana como exposto acima pela OMS, suscitam várias questões justamente quanto as obrigações prestacionais do estado, já que o direito à saúde como um direito social institui uma obrigação de fazer.

Limita-se aqui apenas em demonstrar aqui, que a reprodução humana importa para a saúde do ser humano, e isso justifica o direito reprodutivo ser recepcionado como o direito a saúde, na medida em que o impedimento ou impossibilidade reprodutiva, por quaisquer motivos que forem causadas, provocam danos físicos e também psicológicas.

¹⁰⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Reproductive..., cit., disponível online..

¹¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Reproductive..., cit., disponível online..

4.2 Direito de constituir família como direito à reprodução (Art. 226.º, CF)

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabeleceu em seu artigo 16º, item 3¹¹¹, que a família constitui um elemento natural e fundamental dentro da sociedade merecendo a proteção do Estado. O Brasil, quarenta anos depois, ao proclamar a Constituição de 1988, até então vigente, seguiu os termos da DUDH e em seu artigo 226¹¹² destacou a família como base da sociedade, protegendo-a.

A DUDH não apenas destacou a família como o alicerce da sociedade, mas também dispôs que todo homem ou mulher tem direito a constituir família. Este direito na CRFB encontra recepção na garantia à proteção familiar, ao casamento e à entidade familiar, que segundo a própria CRFB é a união de quaisquer dos pais e seus descendentes.

Embora o texto constitucional tenha concedido, de forma expressa, a proteção somente às famílias constituídas pelo casamento, união estável¹¹³ entre homem e mulher, e as famílias monoparentais (apenas o pai ou a mãe e seus descendentes)¹¹⁴, o reconhecimento de núcleos familiares¹¹⁵, bem como o estabelecimento da filiação e possibilidade de adoção encontradas na jurisprudência dos tribunais brasileiros são diversos.

Os tribunais brasileiros por meio de uma interpretação constitucional em conjunto com outras disposições do ordenamento jurídico, estendem o conceito de “entidade familiar” para reconhecer e proteger grupos que não obtinham tratamento da norma e conceder-lhes o direito de serem reconhecidos como família, realizar adoção singular ou conjunta e estabelecer filiação.

¹¹¹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 09 abr. 2016. Artigo 16º

1.A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.

2.O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.

3.A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado

¹¹² BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição..., cit., disponível online. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília; 11 jan 2002. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1hBawae> Acesso em 20 ago 2016.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹¹⁴ A CRFB dispõe sobre tal proteção no artigo 226 § 1º, 2º e 3º.

¹¹⁵ JONATAS E. M MACHADO, A (in) definição do casamento no Estado Constitucional. In: Família, Consciência, Secularismo e Religião. Coimbra: Coimbra, 2010.p. 19.

Assim foi a equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável, que se deu através da interpretação conforme a CFRB do artigo 1.723 do Código Civil, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O relator do processo, Ministro Ayres Brito ao explicitar seu voto, primeiramente pontifica que a Constituição Federal não diferencia ou hierarquiza as famílias constituídas legalmente das que existem de fato, e ainda explica que:

diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.¹¹⁶

Partindo de uma interpretação não reducionista, sem preconceitos e coerente constitucionalmente, o ora relator, considerou que a igualdade buscada no âmbito dos casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente seria plenamente garantida com a conquista do direito subjetivo em formar uma família, permitindo-lhes ainda a adoção conjunta.

A equiparação também ocorreu com a decisão que julgou pelo reconhecimento do tipo de família anaparental, para dar-lhes o direito de adoção conjunta entre irmãos, em uma interpretação conforme a Constituição do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).¹¹⁷

Apesar da adoção realizada em conjunto por irmãos parecer constituir uma ofensa ao dispositivo acima mencionado, o STF¹¹⁸, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹¹⁹ e tribunais de instâncias inferiores tem flexibilizado tal dispositivo para realizar uma adequação à realidade social, justificando que verificado os caracteres subjetivos que evidenciam a existência de um núcleo familiar, a adoção não pode ficar restrita ao tipo

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator Ministro. Ayres Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf> Acesso em 15 jun 2016.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n.º 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em 12 mai 2016.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em 12 Dez 2016.

¹¹⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.545 – DF. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19.8.2015.

¹¹⁹ RECURSO ESPECIAL 1.217.415 – RS (2010.0184476-0) Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.6.2012.

familiar que consta na norma, devendo o mesmo ser ampliado para o fim de inserir o adotando em uma família que lhe proporcione afeto e ensine valores humanos.

Canotilho e Vital Moreira¹²⁰ estabelecem que o direito de constituir família não significa apenas o direito de estabelecer relações e tê-las reconhecidas, mas implica também em um direito de ter filhos, pois mesmo que este não seja condição imprescindível para a formação familiar, lhe é associado naturalmente.

No mesmo sentido, o direito de constituir família, segundo Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho¹²¹, se traduz no direito que todos os indivíduos possuem em ter reconhecido juridicamente os laços de parentesco, sejam esses biológicos ou afetivos¹²². Ainda tratando deste direito¹²³, pontifica que além do direito de filiação, o direito em constituir família consagra também o direito fundamental de procriar.¹²⁴

Observa-se que os indivíduos que constituem família podem não exercer o direito de ter filhos¹²⁵, de outro lado, todos que exercem o direito de reproduzir (biológicos ou afetivos) estão naturalmente constituindo uma família. É com fundamento no que foi exposto que se considera o direito de constituir família como o direito a ter filhos biológicos ou afetivos, ou direito de reproduzir biologicamente, inclusive por intermédio das técnicas de PMA¹²⁶.

¹²⁰ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 567.

¹²¹ FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito de Família – V. II Direito de Filiação, Tomo I – Estabelecimento da Filiação. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 50. TIAGO DUARTE, In vitro veritas?..., cit., p. 35. “...um conceito abrangente de família, que engloba a família conjugal como a biológica e até a adoptiva”.

¹²² FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de Direito Civil – Família e Sucessões. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 41. Os vínculos de parentesco biológicos ou afetivos não possuem distinção para efeitos de reconhecimento jurídico.

¹²³ GUILHERME DE OLIVEIRA, Aspectos jurídicos da procriação assistida. In: Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 768.

¹²⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da..., cit., p. 217. Este autor, ao tratar do direito de constituir família, entende que este alcança o direito de procriar, dando ao titular a liberdade de procriar ou não, estando esta somente condicionada pelo respeito ao interesse da criança futura.

¹²⁵ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 315.

¹²⁶ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 567. Não afastam a ideia do direito de ter filhos através das técnicas de PMA, contudo fazem uma ressalva para os procedimentos hierólogos e maternidade de substituição, para os quais qualquer solução a ser tomada deverá observar o princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia pessoal, e os limites que os envolvem.

4.3 Direito à reprodução como direito da personalidade (Art. 1.º, III, CF, arts. 11.º a 21.º, CCB)

Neste tópico o objetivo é demonstrar que o direito reprodutivo é um direito de personalidade, na medida que respeita ao âmago da pessoa caracterizando-se como uma forma de exteriorização da sua personalidade.¹²⁷

Os direitos de personalidade, ou direitos pessoais, no ordenamento jurídico brasileiro são descritos – exemplificativamente –, nos artigos 11.º ao 21.º do Código Civil Brasileiro (CCB). A análise destes direitos deve ser realizada sob aspecto civil-constitucional¹²⁸, pois antes da previsão civil já havia disposições na CRFB, notadamente o artigo 5.º que trata dos direitos e garantias fundamentais e ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da CRFB do qual decorre tais direitos.

Não obstante a discussão doutrinária acerca da identificação¹²⁹ ou não¹³⁰ de um direito geral da personalidade, tendo em foco a lei brasileira, toma-se partido do entendimento do professor Gustavo Tepedino¹³¹, para quem, os direitos de personalidade dispostos no CCB são exemplificativos e constituem verdadeiras expressões da dignidade da pessoa humana (art. 1.º III, CRFB)¹³².

E o que é atribuído conceitualmente ao direito de personalidade? Segundo Maria Helena Diniz,

o direito de personalidade é o que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para

¹²⁷ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 70.

¹²⁸ FLÁVIO TARTUCE. Manual de Direito Civil: volume único. 6.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 97.

¹²⁹ RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO SOUZA. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 93.; e JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Civil. Teoria Geral, I Volume, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 78. Discussão doutrinária entre as escolas de Direito de Lisboa e Coimbra, onde naquela, a exemplo, José de Oliveira Ascensão defende a inexistência do direito geral, enquanto que em Coimbra, especialmente Rabindranath V. A. Capelo de Souza defende a cláusula geral do direito de personalidade.

¹³⁰ Neste sentido: JOSÉ MELO ALEXANDRINO, Direitos fundamentais..., cit.,; DIOGO COSTA GONÇALVES. Pessoa e Direitos da Personalidade-Fundamentação ontológica da tutela. Almedina: Coimbra, 2008; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS. Direito de Personalidade. Coimbra: Almedina, 2006.

¹³¹ GUSTAVO TEPEDINO. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50.

¹³² Neste sentido em Portugal “O que parece fora de dúvida – e o que nos interessa neste momento – é todavia, que o reconhecimento do direito geral de personalidade, fundado na garantia da dignidade humana, que serve como linha de interpretação para densificação da força protetora do direito fundamental contra medidas estatais (...) PAULO MOTA PINTO. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portugal-Brasil Ano 2000. Tema Direito. Stvdia Ivridica 40. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1999. p.183.

sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.¹³³

Jorge Miranda refere que

os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanções da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou de bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana.¹³⁴

Para Limongi França¹³⁵, “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.” Cristiano C. De Farias e Nelson Rosenvald¹³⁶, consideram que são “(...) direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica”.

Os direitos de personalidade são direitos essenciais porque constituem, segundo expressão utilizada por Adriano de Cupis¹³⁷, a “medula da personalidade” necessária para o completo desenvolvimento da pessoa, protegendo a integridade de cada ser humano em seu aspecto físico, psicológico e moral, conferindo-lhe dimensão particular.¹³⁸

Sílvio De Salvo Venosa caracteriza os direitos de personalidade como inatos e vitalícios, porque nascem com a pessoa e a persegue pela vida toda, imprescritíveis sendo oponíveis a qualquer tempo, indisponíveis e absolutos¹³⁹. Embora considerados inatos¹⁴⁰, ressalta-se que a proteção da personalidade não dirige apenas ao que o indivíduo é¹⁴¹, mas

¹³³ MARIA HELENA DINIZ Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121.

¹³⁴ JORGE MIRANDA, Manual de..., cit., p. 58.

¹³⁵ RUBENS LIMONGI FRANÇA, Direitos da Personalidade coordenadas fundamentais. Revista do Advogado – AASP – Associação dos Advogados de São Paulo. Nº 38/92. p. 05.

¹³⁶ CRISTIANO CHAVES FARIAS; NELSON ROSENVALD,. Direito Civil. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

¹³⁷ ADRIANO CUPIS. Os Direitos da Personalidade. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Livraria Moraes Editora: Lisboa, 1961. p. 3.

¹³⁸ JOSAPHAT MARINHO, Os direitos da personalidade no projeto de novo código civil brasileiro. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Tema Direito. Studia Iuridica 40. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 251.

¹³⁹ SÍLVIO DE SALVO VENOSA. Direito Civil – parte geral. São Paulo: Atlas, 2009. p. 199.

¹⁴⁰ Quanto à característica de inatos, o autor ressalva o fato de que todo direito inato é um direito essencial e da personalidade, mas pode haver direito da personalidade revelado, não sendo inato, mas adquirindo essencialidade posteriormente. ADRIANO CUPIS. Os Direitos..., cit., p. 20.

¹⁴¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS. Direito de..., cit., p. 93.

também ao que é chamado e que virá ser¹⁴², são direitos exemplificativos¹⁴³, acompanhando o desenvolvimento da personalidade.

Desta forma, cada pessoa é titular exclusivo dos direitos que incidem sobre a sua personalidade, de modo que ninguém pode apropriar ou adquirir direitos que irradiam sobre a personalidade de outra pessoa¹⁴⁴.

Na CRFB não há explicitamente a disposição do direito ao desenvolvimento da personalidade¹⁴⁵, como há na CRP por exemplo, no entanto, este direito encontra recepção no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁶ e na própria definição de direito da personalidade.

Como assinala Paulo Mota Pinto¹⁴⁷, o direito de desenvolvimento da personalidade decorre da dignidade da pessoa humana¹⁴⁸, que é um princípio fundamental constitucional norteador de todo o ordenamento jurídico.

Na CRFB, a dignidade da pessoa humana é considerado o princípio fundante, e por assim ser deve ser resguardado diante de qualquer situação. Jorge Duarte Pinheiro¹⁴⁹, aponta que deste princípio decorre que “a pessoa deve ser assim tratada, como um fim em si mesmo, que à todo ser humano deve ser reconhecido autonomia e autodeterminação, não deve ser coisificado, nem instrumentalizado ou ainda comercializado”.

¹⁴² Neste sentido, referindo-se ao direito de desenvolvimento da personalidade, o autor dispõe que a pessoa (personalidade) é protegida “naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser”. DIOGO COSTA GONÇALVES. *Pessoa e...*, cit., p. 75.

¹⁴³ Neste sentido foi o pronunciamento do STF no recurso extraordinário (RE) interposto por uma transexual que foi impedida de entrar no banheiro feminino. Entendeu a Suprema Corte, ao reconhecer a existência de repercussão geral no RE, que o exercício da identidade sexual é direito de toda pessoa, configurando, quando não se pode exercê-lo, violação à dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade. Nota-se que a identidade sexual não vem descrita seja no CCB ou na CRFB explicitamente, mas é direito personalíssimo decorrente da dignidade da pessoa humana, com reconhecimento jurisprudencial. (STF; RE 845.779/SC; Rel. Min. Roberto Barroso, Julgado em Plenário; DJE: 10/03/2015).

¹⁴⁴ RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO SOUZA. *O direito...*, cit., p. 533.

¹⁴⁵ MÁRCIO ANTÔNIO BOSCARO. *Direito fundamental ao reconhecimento da identidade genética*. I Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Coord. Jorge Bacelar Gouveia e Heraldo de Oliveira Silva. Almedina: Coimbra, 2014. p. 160.

¹⁴⁶ PAULO MOTA PINTO. *O Direito...*, cit., p. 153.

¹⁴⁷ PAULO MOTA PINTO. *O Direito...*, cit., p. 159.

¹⁴⁸ Neste sentido, o STF ao julgar medida cautelar interposta em uma reclamação, na ocasião tratando a lide do direito à liberdade de expressão e as censuras jornalísticas, dispôs que aquele direito decorre de fundamentos filosóficos, entre eles “a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial.” A Suprema Corte chega a declarar sobre a essencialidade do desenvolvimento da personalidade, ainda que tenha sido na altura aplicado em um contexto. (STF MC Rcl. 22328/RJ – 0007915-89.2015.1.00.0000 – Rel. Min. Roberto Barroso. DJE 26/11/2015)

¹⁴⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da...*, cit., p. 221.

Do princípio da dignidade humana, unificador de todas as disposições constitucionais, decorre não somente o reconhecimento da personalidade jurídica, mas também o estabelecimento de meios de tutela dos direitos essenciais da pessoa.¹⁵⁰

Ainda que no ordenamento jurídico brasileiro não haja a previsão do direito ao desenvolvimento da personalidade, que a nosso entendimento recepciona o direito a reprodução, inclusive por meio das técnicas de PMA, a dignidade da pessoa humana o fundamenta.

Além disso, não se pode deixar de mencionar que a reprodução biológica (no caso, a falta dela) afeta diretamente a integridade psíquica da pessoa, a qual está protegida no âmbito do direito fundamental à integridade física¹⁵¹, já que não há saúde física sem uma saúde mental.

Sobre a ausência de constitucionalização das disposições referentes a reprodução assistida, Jorge Duarte Pinheiro, estabelece que os princípios fundamentais que são aplicados neste âmbito são sobretudo os princípios relacionados e que abrangem o direito da personalidade e o direito da família, independentemente destes serem estabelecidos constitucionalmente.¹⁵²

O exercício da paternidade e maternidade, seja realizado pela reprodução biológica ou natural, ou ainda pela adoção, é um direito fundamental comum a todas as pessoas, consideradas individualmente, e a sua reivindicação, especialmente quando o indivíduo aceita passar pelo árduo processo reprodutivo que envolve as técnicas de PMA, é porque reproduzir significa, incontestavelmente, uma forma de atingir a plena formação individual, que respeita à sua personalidade.¹⁵³

4.4 Direito ao planejamento familiar como direito a reprodução (art. 226, § 7.º, CF)

O direito à reprodução é recepcionado pelo direito ao planejamento familiar¹⁵⁴, na medida em que de forma intrínseca e natural constitui um dos objetos deste direito

¹⁵⁰ PAULO MOTA PINTO. O Direito..., cit., p.151.

¹⁵¹ FLÁVIO TARTUCE. Manual..., cit., p. 99.

¹⁵² JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da...,cit., p. 225.

¹⁵³ RENATA BARBOSA DE ALMEIDA, Direito ao planejamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso dos embriões: o caso Evans versus Reino Unido sob a égide do direito brasileiro. *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, nº 12, julho/dezembro/2009, publicação semestral. Coimbra Editora: Coimbra, 2009. p. 96.

¹⁵⁴ No sentido de ser este direito fundamental do qual decorre o direito de procriar: “O livre planejamento familiar é um direito garantido constitucionalmente e tem como possíveis desdobramentos o direito de procriar e o direito de não procriar.” JANICE SILVEIRA BORGES; WALSON EDSON RODRIGUES JUNIOR., Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana

fundamental. No entanto, ressalta-se que este é gênero do qual aquele é espécie, não devendo ser confundido¹⁵⁵.

A CRFB estabeleceu em seu artigo 226, §7º¹⁵⁶, o direito ao planejamento familiar caracterizando-o como livre decisão do casal, não somente vedando qualquer atitude coercitiva, como também estabelecendo ser dever do Estado propiciar as condições necessárias para realização deste direito.

No Brasil, embora tenha a CRFB disposto se tratar de uma livre decisão do casal, o direito ao planejamento familiar foi regulamentado pela Lei nº 9.263/96, e esta o define como conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos de constituir, limitar ou aumentar a prole, pela mulher, pelo homem, ou pelo casal¹⁵⁷.

Da interpretação do disposto na lei, denota-se que o legislador, propositalmente ou não, diferente do que consta na Constituição, tratou o planejamento familiar, não mais como somente uma livre decisão do casal, mas também da mulher ou do homem, singularmente considerados.

Tal direito tem a sua dimensão negativa e positiva.¹⁵⁸ De um lado garante a liberdade da pessoa em realizar o planejamento familiar – aspecto negativo, e de outro lado garante também o dever de auxiliar, informar, e possibilitar o acesso aos meios necessários para realização deste direito – o aspecto positivo.

Além das disposições próprias do ordenamento jurídico brasileiro, internacionalmente, a I Conferência Internacional de Direitos Humanos do Teerã de 1968¹⁵⁹ reconheceu o direito dos pais em decidir quando e quantos filhos iriam ter.

Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.), Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 227.

¹⁵⁵ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 47.

¹⁵⁶ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição..., cit., disponível online. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9.263/1996 Dispõe sobre o planejamento familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm Acesso em: 12 abr 2016.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

¹⁵⁸ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 859. O lado positivo contemplado por este direito, refere-se ao dever do Estado em prestar informações, permitir o acesso aos métodos e técnicas para exercer o planejamento familiar. E o lado negativo diz respeito à garantia da liberdade individual e autodeterminação de cada pessoa.

¹⁵⁹ Art. A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento. (I Conferência Internacional de Direitos Humanos do Teerã.

Anos depois, a Conferência sobre Eliminação de Discriminação contra a mulher de 1979¹⁶⁰, já dispôs em seu art. 12º, que os Estados-partes deveriam promover a igualdade entre os sexos e garantir o acesso aos serviços de saúde adequados, não somente para a saúde reprodutiva, mas também para a realização do planejamento familiar.

Esta Conferência trouxe as primeiras impressões sobre os direitos reprodutivos. Porém, foram com as Declarações do Cairo em 1994¹⁶¹ e pela de Pequim em 1995¹⁶², que os direitos reprodutivos foram considerados expressamente como direitos humanos.

Da análise dos artigos que garantem o planejamento familiar no Ordenamento Jurídico Brasileiro, entende-se que o planejamento familiar possui limites estabelecidos pelo próprio legislador, de modo que a liberdade de procriar deve se pautar pela observação ao princípio da paternidade responsável e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo as técnicas de PMA um meio de procriação compreendido no âmbito do direito ao planejamento familiar, a realização deste por meio das técnicas também devem respeitar o princípio da paternidade responsável, que também está disposto no ECA¹⁶³, e da dignidade da pessoa humana.

A paternidade responsável como princípio limitador do planejamento familiar, revela o imprescindível planejamento responsável desde a decisão em serem pais, na

¹⁶⁰ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Conferência sobre Eliminação de Discriminação contra a mulher de 1979. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm Acesso em 18 abr 2016.

Artigo 12 – 1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar. a.

¹⁶¹ FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Cairo de 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 07 abr 2016.

¹⁶² FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Pequim de 1995. Disponível em: www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf Acesso em 07 abr 2016.

¹⁶³ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 197- C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

gravidez e concepção da criança, até quando a esta forem necessários os cuidados paternos.

É um princípio que tem um mandamento duplo, em que de um lado há o respeito pela autodeterminação das pessoas em ter ou não filhos, quando tê-los e quantos. E por outro lado, revela o direito do filho em ter seus direitos como pessoa garantidos, direito de ter a sua dignidade de pessoa humana preservada desde o início do processo reprodutivo, não sendo jamais, tratado como “coisa”.

A dignidade da pessoa humana, também a ser observado no exercício do planejamento familiar, é um princípio fundante que orienta todo o ordenamento jurídico brasileiro.

No contexto da procriação, seja ela natural ou assistida, a paternidade responsável constitui um elo inseparável com o princípio da dignidade humana, sem um ou outro não pode estar presente. A paternidade, quando irresponsável, não proporciona dignidade humana, ao passo que o desrespeito à esta da mesma forma não confere uma paternidade responsável.

A falta do devido planejamento e a consequente irresponsabilidade paterna e ofensa à dignidade, pode decorrer tanto da reprodução natural quanto da procriação assistida.

No entanto, não é forçoso afirmar que nos casos de concepção por meio da PMA, não há incidência de filhos não planejados – mesmo nos casos de múltipla gravidez, os pacientes são sempre informados dessa possibilidade -, o que não ocorre na reprodução natural.

Enquanto aqueles que recorrem à PMA para procriar, vêm há algum tempo se preparando para o tratamento, desejando mais que tudo a concretização da paternidade, há muitas pessoas que ao exercerem a liberdade sexual sem uso de métodos contraceptivos, acabam tendo gravidezes e concebendo filhos não desejados, para os quais não se estão preparados.

Há quem defenda, no entanto, que a procriação assistida não atende ao princípio da paternidade responsável e dignidade humana, isso porque, a PMA quando vier a ser utilizada por um casal homoafetivo ou uma pessoa solteira, privará a criança, que será concebida, de viver em um ambiente familiar composto de pai e mãe.

Neste sentido, José de Oliveira Ascensão entende que algumas técnicas de reprodução assistida não atende ao interesse da criança, que é ser gerada em uma família

normal, ou seja, biparental¹⁶⁴. Pontua que este interesse não poderá ser satisfeito quando surgir em um ambiente constituído por um casal homossexual, ou ainda por uma pessoa sozinha que deseja ter filho¹⁶⁵.

Eduardo de Oliveira Leite também sustenta que a família biparental, é onde a criança tem a oportunidade de se desenvolver e perceber não somente a identidade diversa dos dois adultos, como também a autoridade que cabe a cada um deles.¹⁶⁶

Ora, a convivência familiar que atende ao melhor interesse da criança não se caracteriza unicamente pela composição familiar biparental. O interesse da criança é ser respeitada como pessoa, é ter dignidade, afeto, diálogo, educação, e isso outros tipos familiares podem lhe oferecer.

Pesquisas realizadas não atestam que crianças concebidas em famílias biparentais possuem melhor desenvolvimento que as que têm pais homoafetivos ou pais solteiros. Ao contrário, revelam que a intimidade e forma de tratamento com os filhos, é o que determina a qualidade de ambos os relacionamentos, que possuem as mesmas chances de serem ruins.¹⁶⁷

Trata-se de um argumento incompatível com a realidade do direito familiar no Brasil, haja vista o reconhecimento dos outros tipos de famílias. E em se tratando de PMA, havendo o obrigatório consentimento dos envolvidos, não há o que se falar em ausência de paternidade responsável.

Concluindo, o direito do planejamento familiar, garantido pelo ordenamento Brasileiro possuindo lei específica, não é um direito pleno. O seu exercício tem como limites, a dignidade da pessoa humana e a paternidade e maternidade responsável, limites esses que conforme exposto não são, como uma premissa, desrespeitados quando o planejamento se dá por meio da PMA.

¹⁶⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. Estudos...,p. 18-19.

¹⁶⁵ O autor Jose de Oliveira Ascensão faz uma distinção neste aspecto, destacando que a viúva não se enquadra neste ambiente que não atende os interesses da criança, porque neste caso, embora ausente o pai, o objetivo da biparentalidade familiar foi satisfeito. Neste entendimento, da mesma forma são as famílias monoparentais, quando surgidas decorrentes de uma separação.

¹⁶⁶ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. Adoção por homossexuais: autocentrismo x interesse das crianças. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.) Pessoa Humana e Direito. Coimbra: Almedina, 2009, 116-118.

¹⁶⁷ ELIZABETH ZAMBRANO; ROBERTO LOREA; LEANDRA MYLIUS; NÁDIA MEINERZ; PRISCILA BORGES. O direito à homoparentalidade: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Instituto de acesso à justiça. Porto Alegre, 2006. p. 21-24. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/trabalhos-e-teses.php?p=2#t> Acesso em 12 abr 2016.

5 AS CONDIÇÕES E OS CRITÉRIOS DEFINIDORES DE ACESSO À PMA

Temos o direito de ser iguais
Sempre que as diferenças nos inferiorizem,
Temos o direito de ser diferentes
Sempre que a igualdade nos descaracterize.
Boaventura Santos

Tratando-se das técnicas de procriação assistida, três critérios¹⁶⁸ podem ser utilizados como objetos de restrição ao seu acesso, e, portanto, definir os beneficiários, limitando o direito à reprodução. São eles: a idade, a orientação sexual e o estado civil.

Conforme será analisado, no Brasil há projetos de lei que pretendem a regulação da reprodução humana através das técnicas de PMA, o que consoante ao já exposto deverá ser realizado de acordo com Constituição, pois trata-se de direitos fundamentais, que embora não absolutos, gozam de proteção ainda que em conflito com outros direitos da mesma categoria.

Na ausência de lei para determinar quem serão os beneficiários, no Brasil o Conselho Federal de Medicina (CFM) expediu várias resoluções a respeito do tema, nas quais são estabelecidos limites ao direito de procriar.

A fundamentação do direito de recurso às técnicas de PMA se dá em todos os princípios e direitos identificadores citados, como a dignidade da pessoa humana, o direito de procriar, direito de personalidade, direito à saúde e a integridade psíquica, mas o caráter positivo do direito de acesso as técnicas vêm contido no direito ao planejamento familiar.

Autores como J.J. Canotilho¹⁶⁹ assinalam que a garantia do direito ao planejamento familiar, não significa o direito ao acesso das técnicas de procriação médica, no sentido de que a CRP não consagra o direito a procriar artificialmente como um direito positivo que reclama prestações estaduais.

O trabalho não objetiva exaurir o estudo para poder afirmar ser este direito uma prestação positiva e dever estatal, contudo, cumpre ratificar que da redação do artigo que dispõe acerca do planejamento familiar e determina que cabe ao Estado propiciar recursos

¹⁶⁸ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 700.

¹⁶⁹ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p.859/860. “Não é líquido se o preceito transporta direitos reprodutivos positivos e a obrigatoriedade de o Estado suportar ou compartilhar os custos desta forma de procriação (o preceito fala de regulamentação) desde logo porque a utilização desta técnica obedece, no contexto atual, ao princípio da subsidiariedade. As dimensões prestacionais públicas poderão eventualmente justificar-se quando o direito a ter filhos não é possível sem o recurso das técnicas de procriação medicamente assistida. A Constituição não consagra, porém, o direito a procriar artificialmente como direito positivo a prestações estaduais”.

educacionais e científicos para o exercício do direito, pressupõe claramente que estão inclusas as técnicas de PMA.

Não obstante a importância da questão, especialmente para os que necessitam dos tratamentos, trata-se aqui da definição dos sujeitos que podem recorrer às técnicas de PMA para o exercício do direito de reproduzir biologicamente.

O questionamento que se faz é: por que limitar o acesso as técnicas de PMA às pessoas que querem constituir família, se o Estado não impede aqueles que a constituem naturalmente? A menos que diminua a dignidade e ofenda direitos do ser que irá nascer, o que entendemos não acontecer, tal limitação não decorre de uma hermenêutica que leva em consideração a realidade social e os princípios constitucionais.

O estudo do direito de constituir família, já exposto, permite ressaltar que as próprias características atribuídas ao conceito transformador de família, denota que as restrições ao acesso das técnicas em razão da sexualidade ou qualquer outro critério, vai em direção contrária às disposições constitucionais e aos anseios da sociedade.

A CRFB estabelece que a família é o alicerce da sociedade, mas antes disso há o indivíduo singularmente considerado, assim, a família, a sociedade, e o direito só existem porque há indivíduos que os fazem existir¹⁷⁰, em razão disso que os direitos devem ser resguardados simplesmente por ser indivíduo, independentemente das características de idade, gênero e estado civil, que o distinga das outras pessoas.

5.1 Condições justificadoras de utilização da PMA

Algumas condições podem vir a ser estabelecidas como pressupostos necessários ao recurso das técnicas de PMA, especialmente para caracterizar o recurso clínico como algo subsidiário e não alternativo¹⁷¹, a ser aplicado em casos de infertilidade e/ou perigo de malformações e transmissão de doenças genéticas ou virais.¹⁷²

Essas são as condições adotadas por alguns ordenamentos jurídicos, como Portugal e na França¹⁷³. Muito embora em Portugal a condição de infertilidade tenha sido

¹⁷⁰ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 701.

¹⁷¹ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. Direito Civil: Família. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 999-1000.

¹⁷² JORGE DUARTE PINHEIRO. O Direito da..., cit., p. 219.

¹⁷³ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 1109.

relativizada com a lei n.º 17/2016¹⁷⁴ que permitiu o acesso à PMA a qualquer mulher independente de diagnóstico de infertilidade, continua estabelecendo no seu diploma legal ser a PMA um tratamento subsidiário.

Aqui se faz necessário retomar acerca do direito ao planeamento familiar para ressaltar que a titularidade deste direito pertence a cada indivíduo, e o conhecimento científico, materializado nas técnicas de reprodução assistida são meios através dos quais este direito pode ser exercido.

E sendo assim, como determinar que somente em casos de infertilidade ou riscos de doenças e malformações, poderão ser aplicadas as técnicas de PMA?

Vera Lúcia Raposo¹⁷⁵ afirma que a subsidiariedade da PMA somente pode ser aplicada quando houver uma alternativa, que para ela somente existe quando a reprodução é possível por meio da relação sexual, sem que esta afete as escolhas básicas de vida da pessoa, nem ofereça risco a sua saúde.

Neste interim, no que diz respeito as pessoas singulares e aos homoafetivos, ainda que férteis, não possuem alternativa senão a PMA, pois a relação sexual ou imporá um risco ao contágio de doenças, no caso de pessoas solteiras, ou degradará a condição do homossexual, dado a orientação sexual que possui ser diversa. Para estes casos, não podem as técnicas serem admitidas como subsidiárias.

Se passa a analisar, a infertilidade e o risco de transmissão de doenças e malformações, como condições justificadoras para o acesso e aplicação subsidiária das técnicas de procriação médica.

5.1.1 Diagnóstico de infertilidade

O diagnóstico de infertilidade pode ser feito quando a gravidez não ocorrer após doze meses de prática sexual sem uso de qualquer contraceptivo, e muitas vezes sem

¹⁷⁴ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 17/2016. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2570&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= Acesso em 28 ago 2016.

Art.4.º Recurso à PMA

1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2 - A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

3 - As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade

¹⁷⁵ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p...731.

causa aparente. Partindo do pressuposto de que a infertilidade pode afetar qualquer pessoa, resta saber se, e a qual infertilidade estará condicionada a PMA.

Isso porque, além da infertilidade biológica, há que se mencionar a infertilidade social¹⁷⁶ que cada vez mais se faz presente no contexto atual. Tal infertilidade é ocasionada com o tempo, principalmente no caso feminino. Se observa que a mulher na melhor fase reprodutiva, precisa muitas vezes escolher se priorizará os estudos e a carreira, ou se terá filhos¹⁷⁷.

Quando opta pela primeira opção, corre o risco de quando quiser ter filhos em outra idade, não o puder ter naturalmente, em razão da sua própria condição física e hormonal. É uma infertilidade social, porque as circunstâncias e o lapso temporal a tornou infértil.

Além das infertilidades biológica e social, também é preciso considerar que na relação homoafetiva e também com a pessoa singular, a “infertilidade” se manifesta na impossibilidade de manter uma relação fértil e reprodutora. A pessoa singular porque ausente companheiro com quem ter a relação, e os homoafetivos (homens ou mulheres) porque, ainda que férteis biologicamente, deixam de ser perante o seu companheiro (a).

Tal fato pode ocorrer também em uma relação heterossexual, isto é, o homem e a mulher podem ser férteis, mas por outros motivos não conseguem realizar uma relação sexual fértil. Há uma infertilidade relacional¹⁷⁸ em ambos os casais, contudo o acesso à PMA, na maioria dos diplomas, fica restrito apenas ao casal heterossexual.

A discriminação neste aspecto é evidente sem precisar de argumentos.

Imaginemos uma situação de dois casais, sendo um heterossexual e outro homoafetivo. Em ambos, um dos parceiros é biologicamente infértil, precisando da doação de material genético para a reprodução ocorrer. Estamos diante de dois casos onde deverá ser aplicada uma técnica de reprodução heteróloga, e observa-se que sendo a mesma situação, caso o casal homoafetivo infértil não tenha direito de acesso, não há outra conclusão senão a de que há discriminação em virtude da orientação sexual.

Em razão das várias impossibilidades de procriação natural aqui descritas, que compartilhando do entendimento de Vera Lúcia Raposo¹⁷⁹, afirma-se que a infertilidade não deve ser uma condição absoluta a promover o acesso às técnicas de procriação

¹⁷⁶ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 719.

¹⁷⁷ CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA. Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 69.

¹⁷⁸ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 719.

¹⁷⁹ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 722.

assistida que foram desenvolvidas, essencialmente, para possibilitar a reprodução quando não possível naturalmente, e sendo assim abrangeria a todos os casos acima identificados.

5.1.2 Tratamento de doença grave e riscos de transmissão de doenças

O caráter subsidiário atribuído às técnicas de PMA por pesquisadores e sistemas jurídicos, como em Portugal, é justificado além da infertilidade¹⁸⁰, quando é verificado possíveis riscos de anomalias genéticas ou mesmo transmissão de vírus e doenças, como o HIV, caso o processo reprodutivo se dê pelo ato sexual.

Nestes casos embora se tratar de pessoas férteis, são pessoas que possuem problemas de saúde e que por tal razão poderão, como consequência da reprodução, causar má formação ao feto ou transmitir doenças genéticas ou virais permanentes, como a AIDS.

O intuito da utilização da PMA nestes casos é proporcionar aos futuros pais, independente da orientação sexual, que criança nasça saudável, e constitua uma descendência com saúde.

Não há como negar que o conhecimento científico possibilitar a realização da maternidade/paternidade, sem que resulte em danos ao filho, é louvável, principalmente porque muitas pessoas certamente podem se abdicar de ter filhos para evitar qualquer mal à saúde da criança.

A utilização das técnicas nestes casos salvaguarda a saúde e bem-estar da futura criança, bem como preocupa-se com a saúde da mulher ou do homem doente. No Brasil a resolução do CFM não estipula condições para utilização, e os projetos de lei, conforme será analisado, estabelecem a subsidiariedade da PMA para casos de infertilidade e permite, não condiciona, que em casos de doença grave¹⁸¹ seja utilizado algumas das técnicas de reprodução assistida.

Entendemos, no entanto, que esta condição ao lado do diagnóstico de infertilidade, apesar de serem motivos suficientes a justificar um tratamento por meio da PMA, não devem assumir papel taxativo de únicas situações onde serão aplicadas as técnicas de procriação assistida.

¹⁸⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da..., cit., p. 219..

¹⁸¹ O projeto de lei n.º 4892/2012 e o projeto n.º 115/2015 apenso aquele dispõem que o processo reprodutivo assistido é subsidiário para tratar casos de infertilidade e esterilidade, permitindo, no entanto, a utilização das técnicas reprodutivas para prevenir a transmissão de doenças graves para crianças.

5.2 Critérios de determinação dos beneficiários das técnicas de PMA

5.2.1 Idade

O critério da idade utilizado com a finalidade de dizer o indivíduo que está apto a utilizar das técnicas de PMA, é feito com base em dois extremos: a idade mínima e a idade máxima. A exigência pela idade mínima, está na justificativa da necessidade de atingir uma certa maturidade para exercer a maternidade/paternidade, o que se aconselha também na reprodução natural.

Já o estabelecimento de uma idade máxima, dentre outros argumentos, concentra-se no prejuízo que uma maternidade em idade avançada acarreta ao filho, pois a condição física da mãe não permitiria acompanhar muitas necessidades das crianças e provavelmente morreria em tempo que os filhos ainda precisassem do seu auxílio.¹⁸²

Fala-se ainda na preocupação relacionada a saúde das mulheres acima dos 40 (quarenta) anos que demandam a utilização das técnicas de PMA. Neste aspecto, entendemos¹⁸³ que este não é o argumento que justifica ao poder legislativo determinar a idade limite para a realização dos tratamentos de PMA, em respeito à autonomia da pessoa, que mesmo científica pelos médicos dos riscos e possível insucesso na tentativa, ainda assim submete-se ao recurso.

No Brasil, conforme será estudado, não há lei, mas a resolução n.º 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM) que dispõe acerca do assunto, determina que a utilização das técnicas de PMA serão utilizadas quando não houver risco para a paciente ou para a criança que irá nascer.

Mesmo estabelecendo quais determinantes influenciam para a realização do procedimento, a resolução limita a idade máxima das pacientes em 50 anos, possibilitando haver exceções à esta idade a ser decididas pelo médico responsável sob justificativa técnica e científica, e o devido esclarecimento aos envolvidos dos riscos que podem existir.¹⁸⁴

¹⁸² VERA LUCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, cit., p. 703.

¹⁸³ VERA LUCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, cit., p. 704.

¹⁸⁴ Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.121/2015. 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos. 3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n.º 2.121/2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> Acesso em 22 ago 2016.

A limitação da idade para participação dos procedimentos de PMA, já havia ocorrido na resolução 2.013/2013 expedida também pelo CFM, e que foi revogada pela resolução 2.121/2015, porém mantendo a mesma redação quanto ao aspecto da idade.

A resolução 2.013/2013, foi inclusive objeto de Ação Civil Pública (ACP) intentada pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás¹⁸⁵, pois foi considerada por este, ofensiva aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, especificamente os direitos reprodutivos da pessoa humana.

O Ministério Público Federal (MPF), em suas razões de direito, argumentou que o CFM ultrapassou completamente seu poder regulamentar, pois ao determinar os beneficiários ofendeu direitos fundamentais, entre eles, o da liberdade de planejamento familiar. Requereu assim que a aplicação da resolução fosse suspensa até o julgamento da ação, todavia, em 20 de setembro de 2013, a ACP foi julgada não tendo o mérito analisado, por ter sido considerada pelo órgão julgador como meio inadequado ao objetivo almejado.

Com esse desfecho e ausência de legislação que discipline o contrário, o que permanece são as diretrizes estabelecidas pela resolução do CFM, sendo, portanto, limitado o acesso às mulheres com mais de 50 anos, ressalvados os casos com parecer médico favorável.

5.2.2 Estado civil

O estado civil como critério definidor dos beneficiários da reprodução humana assistida implica em permitir ou não que casais¹⁸⁶ e pessoas singulares sejam beneficiários das técnicas de PMA.

O Estado que desejar proteger a família, base da sociedade, como modelo constituído por pai, mãe e filho (s), certamente não permitirá que pessoas singulares decidem pela realização do direito de reproduzir através das técnicas de PMA, mas não poderá impedir que o faça por meio da relação sexual.

¹⁸⁵ AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0013853-33.2013.4.01.3500. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00138533320134013500&secao=TRF1&pg=1&trf1_captcha_id=68526251dc4c14542fc0932ae46c757c&trf1_captcha=SMQZ&enviar=Pesquisar

¹⁸⁶ Neste tópico se discutirá apenas quanto ao estado civil sem levar em consideração a orientação sexual da pessoa, pois tal critério será objeto de análise na sequência.

A determinação dos beneficiários no contexto das técnicas de PMA está intimamente ligada ao que o Estado considera como família, não porque a procriação dependa da constituição familiar, mas uma vez reconhecido a família, a esta não se poderá negar a reprodução.

No Brasil o Código Civil de 1916 estabelecia que a família a gozar de proteção era aquela formalmente originada do casamento¹⁸⁷. Com a CRFB de 1988 houve um alargamento da proteção familiar e o reconhecimento da união estável e da família monoparental como entidades familiares.

Na jurisprudência vários outros tipos de família foram sendo reconhecidos, porque a partir de então família passou a ser identificada como um “grupo social”¹⁸⁸, este no sentido de pessoas que se unem em um ambiente onde cada uma desenvolve o seu melhor individualmente ligadas pela afetividade.

Ainda que fosse o desejo do Estado, isto é, permitir somente a casais o acesso as técnicas de procriação assistida, o mesmo não prevaleceria em razão de que o conceito que se emprega à família atualmente é alargado para alcançar variados tipos de uniões estabelecidas quer por laços biológicos e afetivos, ou somente afetivos.

Marcelo De Oliveira Milagres¹⁸⁹ ressalta relativamente a matéria familiar que a atuação do Estado na conjuntura contemporânea deve ser protetiva e não restritiva, ou seja, o Estado reconhece a pluralidade do casamento, da união estável, da família monoparental, anaparental, unipessoal, da união homoafetiva, reconhece a liberdade de escolha do modelo familiar pelo indivíduo e a protege.

Sobre esses novos modelos de família, Maria Berenice Dias, anota:

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.¹⁹⁰

¹⁸⁷ CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Direito Civil Brasileiro, VI vol. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2007, p. 16.

¹⁸⁸ MARIA CELINA BODIN DE MORAES; ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.122.

¹⁸⁹ MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES. Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família. Revista de Direito Privado. Vol. 56, out. 2013. p. 297.

¹⁹⁰ MARIA BERENICE DIAS. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 43.

O Código Civil de 2002, em conformação com a CRFB retrata alguns modelos de família, mas não disciplina todos aqueles que existem na realidade fática.

Além da jurisprudência¹⁹¹ que vem acompanhando a doutrina brasileira referente a essa nova roupagem do direito de família reconhecendo novos modelos, atualmente também há um projeto de lei¹⁹² para criar o Estatuto da Família que objetiva, entre outros aspectos, tratar de todos os tipos de famílias.

O critério “estado civil” não encontra restrições para a utilização das técnicas de PMA quando casados ou em união estável¹⁹³, mas encontra obstáculos quando se trata de pessoa solteira, mesmo levando em consideração que a família monoparental no Brasil, goza de proteção constitucional e a adoção unilateral é permitida.

Não é compreensível que o direito de procriar, por intermédio das técnicas de PMA seja concedido apenas aos casais constituídos sob o casamento ou em união estável. O que explicaria o fato de que o mesmo Estado que possibilita a adoção singular, reconhece e protege as famílias monoparentais, também restringe e nega o direito de procriar, de ter um filho biológico, ainda que parcialmente?

Faz-se isso em respeito ao princípio do superior interesse da criança? Quem defende esta tese, expõe que o acesso às técnicas de PMA apenas por pessoas casadas e em união estável deve-se ao cumprimento da normalidade, da biparentalidade que deseja-se à criança, esta é a família idealizada pelo ordenamento jurídico e pela criança¹⁹⁴.

Em contraposição há quem afirme que se o Estado permite que uma criança seja adotada por uma pessoa, e constitua uma família monoparental, não encontrando aqui

¹⁹¹ Família anaparental: STF - ARE: 760545 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/08/2015, Data de Publicação: DJe-163 20/08/2015;

Família multiparental: Ação de suprimimento de registro civil com multimaternidade. (RS, Proc. nº 027/1.14.0013023-9 (CNJ:.0031506-63.2014.8.21.0027), Juiz de Direito Rafael Pagnon Cunha, j. 11/09/2014);

Família unipessoal: TRT-23 - AP: 537200300423000 MT 00537.2003.004.23.00-0, Relator: DESEMBARGADOR EDSON BUENO, Data de Julgamento: 07/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 15/06/2011.

¹⁹² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 2.285/2007. Disponível em: <http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935> Acesso em 3 out 2016.

¹⁹³ Em sentido diverso, o conselheiro J.P. Ramos Ascensão, Na declaração de voto ao parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Conev), manifestou posição contrária ao acesso das técnicas de PMA por casais em união de fato, afirmando categoricamente que esta não pode ser comparada ao casamento, no sentido de legitimá-la ao acesso das técnicas e mesmo à adoção. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV). Declaração de voto do Conselheiro J.P. Ramos Ascensão no Parecer nº 44 do CNECV/2004 sobre a Procriação Medicamente Assistida. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?p=4> Acesso em 06 nov 2016.

¹⁹⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da..., cit., p. 221. PAULO OTERO, Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999. p.75-76.

motivos que expõem a criança ao perigo, não há razões para não serem legitimadas as famílias monoparentais constituídas pelas técnicas de PMA.¹⁹⁵

Quanto a analogia que os argumentos a favor do acesso as técnicas de PMA por pessoas singulares, faz com o instituto da adoção, demonstrando que aqui se aceita que uma pessoa, homem ou mulher, possa educar uma criança, autores como Jorge Duarte Pinheiro¹⁹⁶, ressaltam que na adoção, a criança está órfã de ambos os pais, e se não pode ter dois, que tenha ao menos um, o que não acontece nos casos de reprodução humana assistida onde a criança ainda não existe.

No mesmo sentido, Eduardo Oliveira Leite¹⁹⁷ afirma que existe uma diferença substancial entre a adoção e a reprodução biológica por uma pessoa. Enquanto aquela é a última alternativa do Estado em proporcionar para a criança já nascida e abandonada, um ambiente mais familiar que o orfanato, a reprodução assistida quando utilizada por apenas uma pessoa, provoca o nascimento de órfão de pai, no caso da mulher, ou de mãe, no caso do homem.

A biparentalidade como já foi exposto, não é indispensável à formação de uma família, pelo que fica descartado como argumento impeditivo. Ainda assim, mesmo diante da transformação familiar, sustenta Eduardo De Oliveira Leite¹⁹⁸ ser incontestável que uma mulher solteira jamais poderá proporcionar a uma criança a sua inserção em uma comunidade familiar, constituída de pai e mãe¹⁹⁹.

Entendemos que permitir a adoção por uma só pessoa porque não tem alternativa, desde o início provoca discriminação e a desvaloriza. A adoção tem que ocorrer, independente do estado civil, porque a pessoa é capaz de oferecer o que uma criança precisa, e uma pessoa solteira poderá oferecer isso em iguais condições²⁰⁰.

Em razão do exposto que se considera o estado civil como critério não limitador da utilização das técnicas de reprodução assistida.

¹⁹⁵ VERA LUCIA RAPOSO, Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade. In: Família, Consciência, Secularismo e Religião. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 74

¹⁹⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da..., cit., p. 222.

¹⁹⁷ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p.152.

¹⁹⁸ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p.354.

¹⁹⁹ Discriminatório o pensamento do renomado Autor e incompatível com a realidade. A discriminação e sofrimento, se sentido, por uma criança que tem somente mãe ou pai, não será menor que aquela que tem teoricamente os dois, mas não pode contar com nenhum ou algum deles, o que acontece muito na sociedade. Ou ainda, a inserção social dessa criança se difícil for, o que não se acredita, não é pior que a da criança pobre, a criança negra, a criança filha da prostituição, a criança filha do alcoólatra. Há muita discriminação humana que precisa ser abolida, mas direitos não devem ser abolidos por medo da discriminação.

²⁰⁰ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 708-709.

No entanto, uma vez permitido o acesso a todos, uma regulamentação clara se faz necessária, especialmente porque a princípio estaria permitindo a inseminação “*post mortem*” (viúvos), e também a maternidade de substituição (homens), situações que exigem legislação específica para estabelecer questões contratuais nesta e os direitos sucessórios naquela.

5.2.3 Orientação sexual: heterossexuais e os homossexuais ou homoafetivos²⁰¹

Os múltiplos tipos de família evidenciam que apesar dos heterossexuais assumirem, quando juntos, um modelo tradicional de família, esta não é e não deve ser a única aceita.

Embora o tradicionalismo tenha sido constantemente afastado da seara familiar, no âmbito das técnicas de PMA, os heterossexuais – diferente é o tratamento aos homossexuais -, quando casados ou em união, não encontram obstáculos ao acesso dessas técnicas.

No entanto, importante observar que quando requerido o acesso individualmente, o heterossexual pode enfrentar objeções, mas aqui o critério limitador não é a orientação sexual e sim o estado civil.

Os homoafetivos, compõem um grupo de minorias, que vêm conquistando ao longo dos anos o reconhecimento dos seus direitos como iguais e adquirindo, ainda que em baixa velocidade, dada a controvérsia social que o tema provoca, a devida proteção estatal.

O direito mais notório que diz respeito aos homoafetivos e que foi reconhecido há pouco tempo no Brasil, foi o direito de constituir família, com o reconhecimento da união estável entre casais homossexuais. Não obstante tal fato não ter sido emanado pelo órgão competente – o legislativo -, o STF ao julgar a ADI nº 4277, conferiu dignidade a

²⁰¹ Preferência pelo substantivo homoafetivo, em razão de que homossexual é, historicamente, carregado de preconceitos sociais. Segundo o dicionário Aurélio, Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.” AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. Dicionário da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 1105.

milhares de pessoas que viviam à margem da sociedade sem se assumirem como família.²⁰²

O estudo realizado acerca do que vem a ser família para fins de proteção estatal é completamente cabível quando o assunto em debate é a constituição familiar homoafetiva e todas as consequências, inclusive a reprodução biológica por meio da PMA.

O STF reconheceu a união dos homoafetivos realizando a interpretação do artigo 1.723, do CCB²⁰³, que dispõe acerca da união estável, conforme os princípios constitucionais. O voto, já citado no presente, do Rel. Min. Ayres Brito ao analisar a constitucionalidade do reconhecimento de tal direito, revela disposições constitucionais de grande valia para o tema abordado no tópico, por isso merece a análise.

Primeiramente, a CRFB aboliu²⁰⁴ em seu artigo 3.º, inciso IV, qualquer tipo de discriminação, inclusive a que pretende ofender a igualdade com base em um critério sexual, isso porque a dignidade não se mede pelo fato da pessoa ter nascido homem ou ter nascido mulher.²⁰⁵

Quanto ao uso da sexualidade, o Relator, afirma que:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.²⁰⁶

A liberdade do exercício da sexualidade trata-se de um direito individual fundamental, por dizer respeito à própria personalidade e realização pessoal do indivíduo, deduzindo a máxima de que se os heterossexuais podem assim ser, não há óbice para que os homoafetivos também possam viver plenamente a sua vida e sexualidade.

Constatada a vedação da discriminação sexual, se retoma a análise da família protegida pelo constituinte originário, para dizer que todas as vezes que a CRFB citou a

²⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277.. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zoq2xfm> Acesso em 15 jun 2016.

²⁰³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²⁰⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator..., cit., disponível online. p. 13.

²⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator..., cit., disponível online. p. 21.

palavra “família”, não se dirigiu apenas conferindo proteção ao casamento, à união estável ou a família monoparental, mas sim e apenas ao substantivo família²⁰⁷, não importando se derivada de uma união hétero ou homoafetiva, formal ou informal.

Observa ainda o Relator, que o termo “entidade familiar” não é menos que casamento, não havendo hierarquia²⁰⁸ protetiva entre os tipos de famílias, gozando todas dos mesmos direitos. E exatamente todos os direitos é o que o Min. Rel. reconhece e garante aos homoafetivos, quando assim decide:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²⁰⁹

Ora, se claro está na CRFB a vedação da discriminação em razão do sexo, o exercício da liberdade sexual como direito da pessoa, e a constatação de que os heterossexuais não são os únicos titulares do direito de constituir família²¹⁰, e se a estes, casados ou em união, não forem proibidas a utilização das técnicas de PMA, porque aos homossexuais deveriam ser?

Talvez porque são destinadas apenas à pessoas casadas e não em união estável? Ou porque deve-se respeitar o critério da subsidiariedade, infertilidade ou presença de doenças genéticas para a aplicação da PMA? Ou ainda, porque o planejamento familiar neste caso não corresponderia aos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana?

Todas as questões são pertinentes, porém insustentáveis em consonância com os dispositivos constitucionais. A começar pela última questão, para a qual ratifica o que já foi tratado, para dizer que, o oferecimento de uma vida digna com afeto e respeito, o interesse da criança sempre estará preservado, pois não será o fato de ter dois pais ou duas mães que lhe tirará ou diminuirá a sua dignidade como pessoa.

²⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator..., cit., disponível online. p. 30.

²⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator..., cit., disponível online. p. 44.

²⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator..., cit., disponível online. p. 49.

²¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator..., cit., disponível online. p. 47.

Quanto ao casamento, aqui novamente entra também um critério de estado civil, pois implica em afirmar que apenas um modelo de família poderia ter acesso à PMA, o que é inaceitável. Primeiro porque a CRFB não realiza distinção entre as famílias, e segundo porque a união estável homoafetiva como a entre heterossexuais pode ser convertida em casamento caindo por terra o argumento.

Embora a relação de fato seja caracterizada pela ausência de muitas formalidades que há no casamento, isso não afasta porém, e nem significa que não possua a mesma finalidade que este, e tampouco que terá menor estabilidade e durabilidade. Sob uma perspectiva social atual, não há distinção quanto ao casal que vive em união de fato e possui filhos, com o casal também com filhos, mas unido pelo matrimônio²¹¹.

A finalidade que ambos os casais possuem, além da relação de afeto, é a constituição familiar.

A jurisprudência dos tribunais inferiores²¹² seguindo o voto exarado do Min. Ayres Brito na ADI-4277, com os artigos do CCB bem como da CRFB, tem manifestado este entendimento, da legalidade da conversão da união homoafetiva em casamento, pois não sendo expressa a vedação na Constituição, é inconcebível que se considera uma vedação implícita constitucionalmente.

Sendo assim, casados ou em união estável, possuem os homoafetivos os mesmos direitos e deveres que os heterossexuais, de modo que a união estável ou a de fato, merece igual tratamento e acesso no que diz respeito as técnicas de PMA²¹³

Quanto ao segundo questionamento que trata da necessidade da comprovação de infertilidade para utilizar das técnicas de PMA, se a legislação brasileira assim entender

²¹¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da...,cit., p. 224

²¹² Apelação cível. Ação declaratória de reconhecimento de união homoafetiva, cumulada com pedido de conversão em casamento. Procedência. Adoção de sobrenome e alteração do regime de bens. Pretensões a serem manifestadas perante o oficial do registro competente. Desnecessidade de pronunciamento judicial. 1. Por ocasião da formalização do pedido de conversão da união estável em casamento ao oficial do registro competente, já autorizado, deverão as requerentes manifestar o interesse na adoção do sobrenome uma da outra. Art. 157 da Consolidação Normativa Notarial e Registral. 2. Pretendendo as requerentes adotar para o matrimônio o regime da comunhão universal de bens, basta que estabeleçam como lhes aprouver, observada a forma exigida em lei, o regime de bens, ainda que alterando um anterior, para o que não necessitam de autorização do Poder Judiciário, regime este que regulará o matrimônio, por conta da conversão a ser efetivada. Apelo desprovido. (TJRS, AC 70057974750, 8ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 20/03/2014).

No mesmo sentido: Santo André – Conversão de união estável em casamento. (TJSP, AC 0002895-38.2011.8.26.0554, Rel. José Renato Nalini, p. 11/01/2013). Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=62#>

²¹³ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, Procriações artificiais..., cit., p. 349. Manifestando este entendimento, no entanto, em referência apenas aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

por estabelecer, mesmo com isto os homoafetivos não deixarão de ter o direito a constituir família fazendo uso da reprodução assistida.

A infertilidade não escolhe opção sexual para ocorrer, sendo naturalmente possível se fazer presente em uma das pessoas do casal homoafetivo. Aliás, a própria constituição familiar homoafetiva não permite uma relação sexual fértil, independente da saúde dos envolvidos, e isso não diminui o direito de acesso à PMA, mas ao contrário, legitima ainda mais.

Neste sentido, Renata Barbosa de Almeida²¹⁴, sobre o direito de recorrer à PMA, entende que em respeito à titularidade do direito ao planejamento familiar e à possibilidade de seu exercício ser em conjunto, tal recurso deve ser admitido também aos homoafetivos.

E conclui afirmando “ainda que este (a infertilidade) seja considerado requisito para acesso as técnicas médica conceptivas, é notório que ele se satisfaz na hipótese: os pares (homoafetivos) não mantêm relação sexual fértil, capaz de propiciar o alcance da prole.”²¹⁵

Por tudo isso que a orientação sexual não pode ser justificativa para proibir a procriação, inclusive mediante a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, haja vista, inclusive que heterossexuais e homossexuais possuem as mesmas chances de erros e acertos na realização da paternidade.

²¹⁴ RENATA BARBOSA DE ALMEIDA, *Direito ao...*, cit., p. 97.

²¹⁵ RENATA BARBOSA DE ALMEIDA, *Direito ao...*, cit., pp. 97-98.

6 A TEMÁTICA NO DIREITO PORTUGUÊS E OS BENEFICIARIOS DA PMA NO DIREITO COMPARADO.

6.1. A família e a legislação referente à PMA em Portugal.

A temática deste trabalho no direito Português revela uma aproximação de conteúdo muito forte da CRFB com a Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, que já estava em vigor 12 (doze) anos antes da promulgação da Constituição Brasileira em 1988. O que justifica a semelhança de muitos dispositivos, muito embora a CRP revele-se muito mais clara ao garantir alguns direitos.

Um dos exemplos disso é o direito de constituir família e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que na CRP ambos vêm descritos. Enquanto que na Constituição Brasileira, como estudado, o primeiro é identificado no âmbito da proteção da família e do direito ao planejamento familiar, e o segundo fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Referente ao direito reprodutivo no sistema normativo português, Vera Lúcia Raposo, ressalta que a tal direito é inaplicável o artigo 16º/1²¹⁶ da CRP que ao estabelecer o âmbito dos direitos fundamentais, dispõe que os direitos prescritos na CRP não excluem outros direitos constantes em outras leis ou existentes no plano internacional.²¹⁷

Para a autora, é tanto desnecessário o reconhecimento do direito reprodutivo como novo direito, quanto importá-lo do direito internacional. Isto porque o direito à reprodução, decorre diretamente do direito de constituir família e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como é abrangido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Todos estabelecidos na CRP.

O direito de constituir família, vem expresso no artigo 36.º, n.º 1²¹⁸ da CRP, juntamente com o direito de contrair casamento. Da interpretação literal do artigo, é possível concluir que o legislador português não pretendeu proteger apenas a família originária do matrimônio, no entanto, embora sempre tenha existido na realidade a união de fato, por exemplo, a mesma somente foi juridicamente reconhecida no ano 2001, por meio da lei n.º 7/2001²¹⁹.

²¹⁶ Art. 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

²¹⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 371.

²¹⁸ Artigo 36º (Família, casamento e filiação)

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

²¹⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da..., cit., p. 206.

Nota-se, portanto, que a CRP não condicionou a formação familiar à realização do casamento²²⁰, se assim o fosse, teria garantido o direito de constituir família apenas através deste, e não como foi descrito.

Fato é que esta redação da CRP, assim como a expressão “entidade familiar” que consta na CRFB, caracteriza uma abertura constitucional que permite o reconhecimento de famílias constituídas por outras formas além do matrimônio.²²¹

Tal abertura permite reconhecer o direito de idêntica proteção como instituição familiar, às famílias nascidas de uniões de fato formadas por casais heterossexuais ou homossexuais, e famílias monoparentais, por exemplo. Esta afirmação também se faz em razão do que vem exposto no artigo 1576²²² do Código Civil de Portugal, onde além do casamento, parecia-se o parentesco, a afinidade e a adoção como fontes de relações familiares.

Confirmação de que não há outra interpretação que não seja esta, foi a recente alteração das leis n.º 7/2001, que trata da proteção à união de fato, e a lei n.º 9/2010 que legalizou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A lei n.º 2/2016²²³ alterou as leis acima indicadas para eliminar qualquer discriminação que determine o acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações familiares.

A alteração realizada pela lei n.º 2/2016 vem para deixar clara a igualdade e direito de proteção entre as formações familiares, independentemente, inclusive, da orientação sexual. Além disso, coloca fim a uma discussão quanto à possibilidade ou não de adoção por casais homossexuais, até então, não permitida pelo direito português.

O que não fazia menor sentido, pois como reconhecer o direito em formar uma família e ao mesmo tempo negar o direito de ter filhos, sejam esses afetivos ou biológicos?

²²⁰ TIAGO DUARTE. In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei. Almedina: Coimbra, 2003.p. 34. A CRP estabelece o direito de constituir família e contrair matrimônio, o que permite concluir que a constituição familiar não se concretiza apenas pelo matrimônio, sendo este apenas uma das formas.

²²¹ É neste sentido também a interpretação do artigo 36.º da CRP, para considerar que a constituição não reduz o conceito de família à união matrimonial, mas proporciona uma abertura constitucional para reconhecer outros tipos de relações e caracterizá-las como família. J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 561.

²²² Artigo 1576.º (Fontes das relações jurídicas familiares)

São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL. Lei n.º 47344/66. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1501&artigo_id=&nid=775&pagina=16&tabela=leis&nversao=&so_miolo= Acesso em 04 dez 2016.

²²³ PORTUGAL. Lei n.º 2/2016. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2515&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= Acesso em 04 dez 2016.

O direito de constituir família está umbilicalmente ligado ao direito de ter filhos. A identificação do direito à reprodução no direito de constituir família, para Guilherme de Oliveira²²⁴ é em virtude de que este direito se revela senão como em um direito de procriar e ter os filhos, biológicos ou afetivos, reconhecidos como filhos juridicamente.

J.J Canotilho e Vital Moreira²²⁵ reconhecendo o direito de ter filhos como um direito abrangido pela norma constitucional que garante o direito de constituir família, considera a sua realização inclusive através da PMA, sem contudo, defender o dever econômico do Estado em subsidiar tais tratamentos.

Paulo Otero²²⁶, em contrapartida, acredita em um direito à reprodução natural albergado pelo dispositivo constitucional que garante o direito de constituir família. Contudo, não alarga tal direito para identificar toda e qualquer forma de reprodução assistida como meio para sua realização, ainda que a CRP também garanta o planejamento familiar e dentro deste assegure o acesso aos meios e métodos para exercer a maternidade e paternidade.

Ligado ao direito de constituir família, a CRP, no artigo 67, n° 2, al. d)²²⁷, disciplina também sobre o planejamento familiar, sendo o mesmo garantido sobretudo com respeito a liberdade individual, devendo o Estado informar e possibilitar o acesso aos meios que o assegurem de forma efetiva.

Em Portugal, o direito ao planejamento familiar, assim como no Brasil, também foi objeto de regulamentação pela lei n° 3/84,²²⁸ a qual dispõe sobre a educação sexual e planejamento familiar. No artigo 1° da referida lei, estabeleceu-se que o Estado tem de proteger a família e divulgar os métodos e meios necessários para o exercício do planejamento familiar²²⁹.

²²⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, Aspectos jurídicos da procriação assistida. In: Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 768.

²²⁵ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 567.

²²⁶ PAULO OTERO, Personalidade..., cit., p. 20-21.

²²⁷ Art. 67. 2. d) Garantir no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitem o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

²²⁸ PORTUGAL. Lei n.º 3/1984. Disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Leis_area_saude.aspx Acesso em 23 abr 2016.

²²⁹ Artigo 1.º. (Direito à educação sexual e de acesso ao planeamento familiar) 1 – O Estado garante o direito à educação sexual, como componente do direito fundamental à educação; 2 – Incumbe ao Estado, para protecção da família. Promover, pelos meios necessários, a divulgação dos métodos de planeamento familiar e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

Tal como o texto CRFB, a CRP já havia estabelecido o direito ao planejamento familiar em uma dimensão negativa e positiva.²³⁰

A negativa traduz no respeito à individualidade e autodeterminação da pessoa a exercer livremente a maternidade e paternidade, e a positiva, diz respeito ao dever do Estado em informar, fornecer tratamentos de saúde, meios e métodos disponíveis para a efetivação deste direito.

Vera Lúcia Raposo²³¹ referindo-se ao suposto dever prestacional do Estado no tocante às técnicas de PMA, que são inegavelmente métodos para a realização da maternidade e paternidade, ressalta a importância de separar a questão econômica da questão jurídica.

Para a autora, quando a dificuldade em procriar deriva de um problema de saúde (saúde reprodutiva), o Estado tem o dever de oferecer subsídios para a realização dos tratamentos que forem necessários.

Todavia, a mesma obrigatoriedade não deve ocorrer quando estiver diante de uma infertilidade social ou relacional, para a qual, no entanto, à depender da escolha dos envolvidos e observados os cuidados médicos, a aplicação das técnicas de PMA devem ser admitidas.

O direito à reprodução em Portugal, seguindo o entendimento de Vera Lúcia Raposo²³², também é reconhecido no âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade atrelado, intrinsecamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP).

Paulo Mota Pinto²³³ afirma que da dignidade da pessoa humana decorre como valor em todo ordenamento jurídico, o reconhecimento da personalidade jurídica a todas as pessoas, a disposição de instrumentos jurídicos capazes de dar proteção aos direitos essenciais da personalidade humana, bem como o dever de proteção destes mesmos direitos, pelo Estado.

²³⁰ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 859. O lado positivo contemplado por este direito, refere-se ao dever do Estado em prestar informações, permitir o acesso aos métodos e técnicas para exercer o planejamento familiar. E o lado negativo diz respeito à garantia da liberdade individual e autodeterminação de cada pessoa.

²³¹ VERA LÚCIA RAPOSO, O direito..., cit. p. 376.

²³² VERA LÚCIA RAPOSO, O direito..., cit. p. 373.

²³³ PAULO MOTA PINTO, O direito ao livre..., cit. p. 151.

Por isso que, muito embora a CRP tenha estabelecido o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º da CRP)²³⁴ somente com a revisão constitucional realizada em 1997²³⁵, já encontrava, antes disso, fundamento na dignidade da pessoa humana, considerado o princípio unificador e fundante dos direitos fundamentais.²³⁶

Quanto ao alcance do direito ao desenvolvimento da personalidade, Vera Lúcia Raposo²³⁷ afirma que embora não seja um direito geral de liberdade, é um direito subsidiário para liberdades de profundo alcance e importância à esfera pessoal e para as quais não exista disposição específica, como é, nas palavras da autora, o que sucede com o direito reprodutivo.

Canotilho e Vital Moreira²³⁸ a este respeito, consideram que aquele direito não é um direito englobante, todavia, acreditam que sendo uma “expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjetivo fundamental ao indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade. ”

Os autores continuam para expor que o direito ao desenvolvimento da personalidade tem seu âmbito de proteção dividido em três dimensões: formação livre da personalidade; proteção da liberdade de ação e proteção da integridade física. Sendo que à segunda dimensão, qual seja, a liberdade de exteriorização da personalidade, atribuem o enlace com vários direitos, desde a liberdade em escolher qual profissão exercer à liberdade de ter ou não ter filhos.²³⁹

Este pequeno introito foi apenas para verificar qual a família protegida pelo ordenamento jurídico português e os direitos fundamentais que trazem em seu âmbito normativo o direito reprodutivo, a fim de a respeito do direito de reproduzir, analisar a opção da legislação portuguesa na definição dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, métodos não naturais para realização da reprodução.

²³⁴ Segundo Rafael L. V. Reis, tal previsão constitucionalizou aquilo que já vinha previsto no artigo 70.º, n.º 1, do Código Civil Português. RAFAEL LUÍS VALE e REIS. O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 76.

²³⁵ ALEXANDRE SOUZA PINHEIRO; MARIO JOAO DE BRITO FERNANDES. Comentário à IV Revisão Constitucional. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1999. p. 111.

²³⁶ PAULO MOTA PINTO, O direito ao livre..., cit. p. 153. JORGE MIRANDA, Manual de direitos..., cit., p., 144.

²³⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, O direito..., cit. p. 242-243.

²³⁸ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 463.

²³⁹ J.J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, Constituição da..., cit., p. 463.

Portugal²⁴⁰, a exemplo de outros países e seguindo a Constituição Portuguesa que reconheceu a necessidade de legislação específica dispondo a reserva de lei no artigo 67, 2, alínea e., já legislou sobre este tema e limitou o acesso as técnicas de reprodução assistida.

Mesmo que considerada uma elaboração tardia por alguns autores²⁴¹, a lei n.º 32/2006²⁴² trata especificamente do assunto. Abordaremos apenas os artigos que disciplinam acerca dos beneficiários, verificando a posição legislativa quanto aos critérios de idade, estado civil, orientação sexual e condições para utilização da PMA.

Quanto ao critério de idade, a lei n.º 32/2006 estabelece apenas uma idade mínima de 18 (dezoito) anos²⁴³, para ser beneficiário das técnicas de PMA, mas não dispõe uma idade máxima. Há, no entanto, um projeto de regulamentação da gestação de substituição para a qual se prevê um limite de idade de 49 anos e 364 dias para a receptora²⁴⁴.

No que se refere às condições para utilização, a lei dispõe no artigo 4º como caráter fundamental da procriação assistida, o fato de ser um método subsidiário e não alternativo para se ter filhos. Assim, dispõe como condições para sua admissibilidade, “diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”.

No que diz respeito aos beneficiários, a lei 32/2006 foi alvo de críticas, eis que excluiu algumas pessoas do acesso as técnicas. Pela redação da lei, pessoas solteiras e casais do mesmo sexo, não podem utilizar de nenhuma das formas de procriação assistida.

²⁴⁰ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 32/2006. Disponível em: [²⁴¹ RAFAEL LUÍS VALE e REIS. O Direito..., cit., p. 373.](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_mio= Acesso em: 22 ago 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁴² PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 32/2006..., cit., Disponível online.

²⁴³ Lei n.º 32/2006. Art. 6.º. (...) 2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

²⁴⁴ A lei n.º 32/2006 em Portugal foi alterada por duas outras leis, a nº 17/2016 e a 25/2016. A primeira, entre as alterações está o alargamento dos beneficiários, e a segunda, trata especificamente da gestação de substituição. Na qual é prevista uma regulamentação. Em 16 de janeiro de 2017, o CNEV (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida) expediu parecer referente ao projeto que pretende regulamentar as questões alteradas referente à gestação de substituição. Dentre as disposições apresentadas, consta a indicação de idade máxima para as mulheres poderem se beneficiar e emprestar o útero, qual seja 49 anos e 364 dias, além de outras recomendações como já ter tido filhos. Contudo, segundo o parecer do Conselho, tal limitação “Não se encontra justificação para a norma que estabelece uma idade limite para as mulheres sem parceiro ou parceira ou membro de um casal, que seja beneficiária, para efeitos de recurso à gestação de substituição, não sendo estabelecido qualquer limite de idade para os homens beneficiários, se for o caso, o que será tanto mais relevante se os gametas usados deles provirem”.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV). Parecer n.º 92 do CNECV/2017 sobre o projeto de decreto regulamentar referente à regulamentação da lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição. Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf Acesso em: 06 nov 2016.

A lei portuguesa, no artigo 6º permite o uso das técnicas medicamente assistida, apenas para:

Art. 6.º

1 – (...) as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA. 2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Vera Lucia Raposo, criticou tal artigo afirmando que partindo do pressuposto de que a procriação é um direito fundamental, o regime estabelecido pelo artigo 6º da lei 32/2006, não o levou em consideração para elaborar a lei.²⁴⁵

Acrescenta a mesma autora que, em que pese qualquer das possíveis justificações para a restrição do direito em causa (direito à reprodução) seja pensável como critérios de exclusão, nenhuma é suficientemente válida para excluir uma parte dos cidadãos de um direito que já foi qualificado como fundamental²⁴⁶.

Após anos em vigor, especialmente após a regulamentação do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo com a lei n.º 9/2010, e a lei n.º 2/2016 que estabeleceu tratamento igualitário entre casais heterossexuais e homossexuais para fins de adoção, a lei sobre procriação assistida necessitava de alterações.

Assim, a lei n.º 32/2006 sofreu recentemente duas importantes alterações legislativas, a primeira pela lei n.º 17/2016²⁴⁷ que alterou os beneficiários das técnicas de PMA, e a segunda pela lei n.º 25/2016²⁴⁸, que dispôs sobre a maternidade por substituição.

A lei n.º 17/2016 veio para alterar os artigos 4.º e 6.º da lei 32/2016, e permitir o acesso às técnicas de PMA por todas as mulheres, independentemente de ter um diagnóstico de infertilidade. A nova disposição possibilita que mulheres solteiras e casais

²⁴⁵ VERA LUCIA RAPOSO, Em nome do Pai (...Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art. 6º. Da Lei nº. 32/2006. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 3º/nº. 6-2006. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

²⁴⁶ VERA LUCIA RAPOSO, Em nome do Pai..., cit. – A autora apresenta uma gama de possibilidades de justificação, como o critério do melhor interesse da criança, o da preservação da sociedade, da subsidiariedade das técnicas ente outras, para a exclusão de beneficiários da utilização das técnicas de reprodução assistida. Mas conclui que não são suficientes para impossibilitar o acesso por todas as pessoas à procriação médica.

²⁴⁷ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 17/2016...cit., Disponível online.

²⁴⁸ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 25/2016. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= Acesso em: 04 set 2016.

homossexuais de mulheres, casadas ou em união de fato, possam recorrer às técnicas de PMA.

Embora tenha ocorrido um alargamento dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida²⁴⁹, aos casais homoafetivos masculinos não foi expressamente concedido o direito de acesso à PMA, sendo possível, por ora, a adoção para estes casais.

Não obstante o fato da lei n.º 25/2016 ter alterado a lei n.º 32/2006, que proibia a gestação de substituição, para permiti-la, apenas a autorizou para os casos em que for constatada a ausência do útero, lesão ou doença neste órgão que impeça, sem ressalvas, a efetivação da gravidez e gestação até seu termo final.

Nota-se, portanto, que nada foi estabelecido quanto à possibilidade dos casais homossexuais masculinos recorrer a tal técnica, e sendo esta a única forma pela qual podem ter um filho, ainda que, parcialmente biológico, tal possibilidade por enquanto não é possível em Portugal.

6.2 Os beneficiários e as condições de acesso à procriação assistida no direito comparado

6.2.1 Espanha

A Espanha possui um dos regimes jurídicos mais abertos referente a reprodução humana assistida, além de ser um dos países pioneiros a legislar sobre a matéria, tendo a lei n.º 35/1988 sido a primeira lei sobre liberdades sexuais e acesso às técnicas de reprodução, publicada em 22 de novembro de 1988²⁵⁰.

²⁴⁹ No parecer n.º 87/2016, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, manifestou entendimento de que a legislação ao permitir o acesso a toda mulher, independente de orientação sexual, estado civil ou condição de infertilidade, não constitui na verdade um alargamento dos beneficiários, mas constituem antes o reconhecimento legal de que beneficiária das técnicas é aquela em quem as técnicas são aplicadas. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV) Parecer n.º 87 do CNECV/2016. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?search=> Acesso em 06 nov 2016.

²⁵⁰ GIANLUCA MARIA BELLA. A fecundação medicamente assistida entre o “direito” e a “ética” na época da tecnologia. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 46, n; 182 abr/jun, 2009. p. 96. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194917/000865486.pdf?sequence=3> Acesso em 12 out 2016.

Tal lei foi substituída pela publicação da lei n.º 45/2003, alterada posteriormente pela lei n.º 14/2006, vigente atualmente.²⁵¹

Não obstante as substituições legislativas, insta afirmar que referente às condições de acesso e os beneficiários das técnicas, o texto permanece o mesmo que foi publicado na primeira lei, sendo as mudanças mais significativas a respeito da experimentação e conservação de embriões.²⁵²

A legislação espanhola, diferentemente da maioria das legislações sobre reprodução assistida, deixou de atribuir à PMA um caráter subsidiário, pois não condicionou a sua aplicação apenas para os casos de infertilidade e esterilidade ou a fim de evitar transmissão de doenças.

No item 1 do artigo 3.º, estabeleceu que as técnicas deverão ser aplicadas quando houver razoáveis chances de sucesso, e não apresentar riscos físicos ou mentais para a saúde da mulher beneficiária e da futura criança. No mesmo item dispõe acerca das devidas informações dos riscos dos tratamentos, que devem ser prestadas aos envolvidos e a necessidade do consentimento destes²⁵³.

O regime espanhol estabelece a idade mínima de 18 (dezoito) anos, mas não dispõe sobre idade máxima. Os beneficiários, segundo o item 1 do artigo 7.º, é toda mulher capaz, que preste seu consentimento para o tratamento, independente da sua orientação sexual ou seu estado civil.

É permitida a inseminação *post mortem* podendo ocorrer no prazo máximo de 12 (doze) meses após a morte do falecido, e desde este tenha manifestado o seu consentimento por documento público.

Não obstante, a Espanha possui um regime jurídico mais aberto que outros países, tendo admitido o casamento homoafetivo, e também a adoção por estes casais²⁵⁴, proíbe pela lei da reprodução assistida a maternidade de substituição, excluindo, portanto, o acesso às técnicas por casais homoafetivos masculinos.

²⁵¹ GOBIERNO DE ESPAÑA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> Acesso 13 out 2016.

²⁵² VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 1116.

²⁵³ GOBIERNO DE ESPAÑA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> Acesso 13 out 2016.

²⁵⁴ Conforme Lei n.º 13 de 1 de julho de 2005. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>> Acesso em: 11 set 2016.

6.2.2 Itália

A Itália regulamentou a reprodução assistida através da Lei n.º 40 publicada em 2004²⁵⁵. A legislação desde a entrada em vigor causou polêmicas, sendo conhecida por proporcionar ao país um dos regimes mais restritivos no que diz respeito à aplicação e acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

A lei determina condições em qua reprodução assistida poderá ser aplicada. O artigo 1.º da lei, ao tratar da *Finalità* da PMA é enfático em permitir a utilização das suas técnicas, apenas quando constatado por um médico a infertilidade ou esterilidade, exigindo-se ainda uma certidão médica documentando o diagnóstico²⁵⁶.

Ressalta-se que mesmo com este diagnóstico, a PMA somente é autorizada quando outros tratamentos já tiverem sido realizados, sendo a PMA o último recurso.

Quanto ao faixa etária e estado civil dos beneficiários, a lei no artigo 5.º estabelece que sem prejuízo da constatação da infertilidade ou esterilidade, as pessoas de sexos diferentes, casadas ou conviventes podem fazer uso da PMA, desde que estejam vivas e em idade fértil.

Da redação do artigo, conclui-se, portanto, a opção do legislador por excluir as pessoas solteiras, os casais homoafetivos²⁵⁷, bem como inviabilizar a inseminação *post mortem*, pois mesmo sendo um procedimento homólogo, todavia a lei italiana exige que as pessoas estejam vivas quando da realização do procedimento.

No item 3 do artigo 4.º estabelece que “ *È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*”, limitando, portanto, grande parte das pessoas que mesmo inférteis, somente poderão recorrer às técnicas de reprodução assistida utilizando apenas material genético do casal.

Além de proibir qualquer procedimento de reprodução heterólogo, por considerar absoluto o carater biológico na determinação da filiação²⁵⁸, a lei no seu artigo n.º12/6 também proíbe e criminaliza qualquer incitação à prática da maternidade de substituição.

²⁵⁵ ITÁLIA. Parlamento Italiano. Lei n.º 40 de 19 fevereiro de 2004. Gazzetta Ufficiale, pub. em 25 fev 2004. Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm> Acesso em 12 set 2016

²⁵⁶ GIANLUCA MARIA BELLA. A fecundação..., cit., p. 95.

²⁵⁷ Através da lei n.º 76 de 20 de maio de 2016, a Itália autorizou a união civil por casais homossexuais, no entanto, não permitiu a adoção. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016;76> > Acesso em: 12 set 2016.

²⁵⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da...,cit., p. 226

6.2.3 França

O regime legal francês que trata das questões aferentes à reprodução humana assistida, comparado à Espanha e mesmo à Portugal, pode ser qualificado por ser um modelo conservador e restritivo, mas não como o italiano, admitindo, por exemplo, a fecundação heteróloga.

As principais normas acerca da reprodução assistida na França são as leis n.º 94-653 de 1994 e a n.º94-654 também de 1994.²⁵⁹

Na França, a utilização da PMA é considerada subsidiária e com finalidade terapêutica, mas não tão restritiva quanto a legislação italiana, admitindo a aplicação das técnicas nos casos de infertilidade ou esterilidade, bem como para evitar transmissão de doença genética grave para o feto.²⁶⁰

O acesso às técnicas é permitido somente para as pessoas de sexo diferente que estejam casadas ou em união há pelo menos dois anos. Além disso, é necessário que estejam em idade fértil e cumpra ao menos uma das condições de aplicação das técnicas de PMA.

Permite a fecundação heteróloga, com utilização total ou parcial de material genético doados, no entanto, proíbe a fertilização *post mortem* e a maternidade de substituição, sendo este contrato, se realizado, considerado nulo de direito e as pessoas envolvidas responsabilizadas criminalmente.²⁶¹

Conclui-se que na França os casais homoafetivos, muito embora possam contrair matrimônio e também adotar uma criança²⁶², não podem fazer uso das técnicas de procriação assistida com a finalidade de constituir família e ter um filho biológico.

²⁵⁹ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 1109.

²⁶⁰ VERA LUCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., cit., p. 1110.

²⁶¹ GIANLUCA MARIA BELLA. A fecundação..., cit., p. 96.

²⁶² RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n.º 2013-404. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2013/5/17/JUSC1236338L/jo/texte> Acesso em: 01 jan 2017.

7 REGULAÇÃO NACIONAL DO ACESSO ÀS TÉCNICAS DE PROCREAÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

7.1 As resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM)

O Conselho Federal de Medicina (CFM)²⁶³ é um órgão que desde 1951, é responsável pela fiscalização e normatização da prática médica em todos os seus âmbitos de atuações, competindo-lhe o registro profissional do médico, bem como a aplicação de sanções previstas no Código de Ética Médica.

No Brasil, tratando-se de reprodução humana assistida, as únicas regras existentes, são as resoluções estabelecidas pelo CFM, que apesar de não ter caráter jurídico vinculativo é o que vem determinando o acesso das pessoas à PMA, os tratamentos autorizados, além das obrigatoriedades éticas a serem cumpridas pelas clínicas que oferecem tais recursos.

Embora as resoluções expedidas sempre tenham gerado polêmicas no meio jurídico, inclusive ter sido objeto de ação civil pública do MP, fato é que contrariamente à atuação legislativa, o CFM vêm traçando “normas” referente à PMA desde 1992, quando a primeira resolução de n.º 1.358/1992 foi publicada.

Desde então, o CFM já revogou três resoluções sobre a utilização das técnicas de PMA, estando em vigor a 4ª resolução. A fim de verificar as alterações realizadas, quanto aos beneficiários, condições de acesso, e identidade do doador, faremos um resumo das quatro resoluções e suas principais disposições e alterações.

De início, cumpre observar que o prólogo de justificativas mantido até a resolução que atualmente está em vigor, considera “a importância da infertilidade humana como um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas”.

A primeira resolução n.º 1.358/1992²⁶⁴, não estabelecia limite de idade para o acesso ao tratamento, sendo a receptora toda mulher capaz, para efeitos legais, e que tenha

²⁶³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). A instituição. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20671&Itemid=23 Acesso em 22 ago 2016.

²⁶⁴ II -USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1-Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n.º 1.358/1992. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em 22 ago 2016.

consentido com a realização do tratamento, estando a mulher casada ou em união estável, necessário ainda se fazia a autorização do cônjuge para o procedimento.

Quanto à identidade do doador, era determinado o sigilo total das informações, havendo uma única ressalva, a qual, por motivação médica, as informações sobre os doadores poderiam ser repassadas aos médicos, no entanto, sempre resguardando a identidade civil do doador.

Relativo à maternidade de substituição, a resolução permitiu a utilização desta quando verificado algum problema que contraindicasse a gestação. Estabelecendo ainda ser necessário que a doadora temporária do útero pertencesse à família dos beneficiários.

Verifica-se que pela primeira resolução os beneficiários não eram restritos apenas a casais, sendo possível a utilização da técnica por uma mulher solteira, já que dispõe que “qualquer mulher pode ser beneficiária desde que consente para isso”. Ficando, contudo, vedado implicitamente aos casais homoafetivos de homens a PMA, já que as condições exigidas para a gestação de substituição não permitiam que tivessem acesso.

Não previu como condição de utilização o diagnóstico de doenças graves ou genéticas, no entanto, permitiu que fosse utilizada as técnicas quando fosse necessário preservar e tratar doenças genéticas ou hereditárias.

Apesar de colocar uma exceção quanto aos dados dos doadores, fez prevalecer totalmente o sigilo do processo e da identidade dos doadores, sem ressalvar em qualquer caso o acesso destes dados pela criança gerada, com a finalidade desta poder conhecer as suas origens genéticas.

A resolução 1.358/1992 foi revogada com a publicação da n.º 1.957/2010, que manteve as mesmas disposições quanto aos beneficiários, o sigilo do doador e também às condições para realização da gestação de substituição, no entanto, introduziu a diretriz para a prática da reprodução *post mortem*.²⁶⁵

Essa resolução vigorou até 2013, quando então foi publicada a de n.º 2.013/2013²⁶⁶. Esta resolução foi modificada, considerando o julgamento de 05.05.2011 realizado pelo STF da ADI n.º 4.277, onde foi reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar.

²⁶⁵ VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM.

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>

²⁶⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n.º 2.013/2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em 22 ago 2016.

Diante de tal decisão, o CFM estendeu os beneficiários das técnicas de PMA para casais homoafetivos, e desta vez expressamente incluiu as mulheres solteiras como pacientes, no entanto, embora alargado os sujeitos beneficiários, o CFM deixou ressalvado nestes casos, o direito à objeção de consciência do médico.²⁶⁷

Além da alteração dos pacientes-usuários, o CFM estabeleceu um limite máximo de idade de 50 (cinquenta) anos para as mulheres se submeterem aos tratamentos de PMA, ampliou a possibilidade do útero substituição para parentes até quatro grau, e manteve a disposição quanto ao sigilo do doador.

A resolução n.º 2.013/2013 foi aperfeiçoada e então revogada pela entrada em vigor da resolução n.º 2.121/2015²⁶⁸.

Em comparação a resolução de 2013, a n.º 2.121/2015 atualmente em vigor, realizou alterações quanto à idade, que embora tenha permanecido em 50 anos, abriu uma exceção a este limite, dispondo que a paciente e médico podem entrar em um consenso e optar pela prática, desde que de forma consciente dos possíveis riscos²⁶⁹.

Manteve todas as outras disposições, mas novamente alterou o parágrafo que trata dos pacientes das técnicas de PMA²⁷⁰, desta vez foi para autorizar a gestação compartilhada na união homoafetiva feminina, mesmo que não haja diagnóstico de infertilidade.

Para a maternidade de substituição permaneceu a idade de no máximo 50 anos para doar temporariamente o útero, além de ser familiar dos beneficiários até o 4.º grau de parentesco.

²⁶⁷ II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

²⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução..., cit., disponível online.

²⁶⁹ I - PRINCÍPIOS GERAIS (...)

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

²⁷⁰ I - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

A resolução em vigor também garante o registro civil da criança em nome dos pais genéticos, além de prever a necessidade de anexar ao prontuário médico vários documentos, entre eles uma declaração expressa de consentimento e um termo de compromisso estabelecendo a filiação, no caso a favor dos requerentes.²⁷¹

Do exposto, atualmente para o CFM qualquer pessoa legalmente capaz, no caso das mulheres com idade máxima de 50 anos para gestação, independente do estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade podem ser usuários das técnicas de procriação assistida, exigindo-se em todos os tratamentos o consentimento expresso dos envolvidos.

Destaca-se que embora se reconheça a importância das resoluções e a adequação destas conforme o contexto social pelo CFM, estes documentos não substituem a legislação federal a ser promulgada, e nem amparam juridicamente os cidadãos, de maneira que ainda situações poderão ser levadas a juízo, o qual poderá decidir de modo diverso.

7.2 O artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro (CCB)

Sobre reprodução humana assistida no ordenamento brasileiro, a única disposição é a que consta no Código Civil Brasileiro, em vigor desde o ano de 2002, especificamente em seu artigo n.º 1.957, que dispõe acerca da presunção de filiação nas hipóteses de reprodução homóloga e heteróloga. Vejamos.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

²⁷¹ 3 - Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
- 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
- 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Cabe anotar que tal artigo foi incluído no CCB em caráter de revisão do projeto de lei do CCB, eis que já estava em trâmite no Congresso Nacional há décadas. Em que pese a preocupação em adequar a lei aos anseios da sociedade, o legislador estabeleceu a presunção de filiação²⁷² em casos de fecundação homóloga e heteróloga, antes de definir os pressupostos para realização destas e das outras formas de PMA.

Da leitura do artigo, cabe muitas questões para as quais nem o artigo em comento nem o próprio ordenamento brasileiro, oferece respostas²⁷³.

Como por exemplo, se as técnicas de procriação estão permitidas? os beneficiários são apenas pessoas casadas? Pessoas em união estável não teria essa presunção de filiação? Na fertilização *post mortem*, há um limite de tempo para a sua realização, ou independente deste tempo sempre haverá presunção? E as questões sucessórias? Há necessidade do consentimento do marido?

Aí poderíamos dizer que tais respostas não devem ser dadas pelo CCB, mas sim por lei ordinária que trate do tema de maneira isolada. Mas, podemos inferir então que o ordenamento permite a princípio, até que tal lei vigore, a procriação médica sem proibições ou restrições.

Neste contexto de questões sem respostas, pode-se afirmar que o legislador, mesmo tratando apenas da filiação, “presumiu demais” e mitigou por completo o consentimento do marido ou companheiro envolvido.

De acordo com o artigo, a presunção legal na PMA homóloga considera o marido sempre o pai da criança, sendo assim, a paternidade apenas pode ser afastada se

²⁷² MARCELO ALCANTARA. A regulação às avessas da procriação medicamente assistida no Brasil e os vícios do artigo 1597 do Código Civil. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saude*. Ano 5 – n.º 10 – Julho/Dezembro 2008. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 76.

²⁷³ SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito Civil – Direito de Família*. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2006. p. 240. Neste sentido, afirma “esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não somente quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário.”

comprovar que o material genético não é o do marido e sim de outra pessoa²⁷⁴. O CCB também presumiu a filiação nos casos de fertilização *post mortem*.

Neste último caso, ainda que o marido tenha falecido, segundo a lei, terá a paternidade presumida²⁷⁵ para todos os fins legais. Da mesma maneira é a presunção em caso de embriões excedentes, que segundo o legislador, a qualquer tempo que forem fertilizados caberá a paternidade ao marido.

Em ambas situações, o legislador não esclareceu sobre a necessidade do consentimento do marido para a realização da reprodução assistida, nem mesmo se uma vez consentido poderá ser revogado, ou até quando é o termo da declaração de consentimento.

A presunção estabelecida pelo legislador desconsiderando antecipadamente a necessidade de consentimento do cônjuge, caracteriza uma ofensa ao direito de reproduzir deste, na medida em que sua vontade não é respeitada da forma como deveria ser. Aliás, ofende o próprio princípio da paternidade responsável, em razão do vício no planejamento familiar tendo em vista tratar-se de um casal, e não uma pessoa singular.

Doutrinadores como Maria Berenice Dias²⁷⁶, defendem com fundamento no princípio da autonomia da vontade, que mesmo tendo o marido disponibilizado sémen quando vivo, tal atitude não caracteriza como consentimento implícito capaz de autorizar a viúva realizar a reprodução mesmo após a sua morte.

O CCB apenas condicionou à expressa autorização do marido, a realização da procriação heteróloga, na qual envolve, obrigatoriamente, material genético de uma terceira pessoa, estranha ou amiga do casal beneficiário.

Mesmo diante da falta de exigência do prévio consentimento do marido no CCB, e não existindo legislação que estabeleça os pressupostos para a PMA, o CFM desde quando admitiu a realização da fecundação *post mortem* nas clínicas, condicionou a efetivação desta técnica ao prévio e expresso consentimento do companheiro.²⁷⁷

O STJ durante a VII Jornada de Direito Civil, aprovou acerca do inciso III, do artigo 1.597 o enunciado n.º 104 para dar a seguinte interpretação:

²⁷⁴ PAULO LUIZ NETTO LOBO. Código Civil Comentado. Direito de Família Relações de Parentesco, Direito Patrimonial, Vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59. Ao discorrer sobre a interpretação das disposições contidas no inciso III do artigo 1597 do Código Civil, afirma que "ainda que o artigo sob comento refira-se à constância do casamento a presunção de filiação, paternidade e maternidade, aplica-se à união estável".

²⁷⁵ PAULO LÔBO. Direito civil: famílias. 5ª ed. São Paulo: Saraiva; 2014. p. 201.

²⁷⁶ MARIA BERENICE DIAS. Manual de direito..., cit., p.334.

²⁷⁷ MARIA BERENICE DIAS. Manual de direito..., cit., p. 335.

Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte²⁷⁸.

Assim, para o STJ não apenas no caso de reprodução heteróloga, mas também para realização da fecundação *post mortem* se faz necessária a constatação da viuvez e a declaração de consentimento previamente expressa do *de cujus*, titular do material genético.

Essa é a posição que tem sido adotada pelos tribunais.

Conforme ementa²⁷⁹ deste julgado, no caso a viúva propôs ação para o fim de ter reconhecido seu direito em realizar a fertilização a partir dos sêmens que haviam sido coletados do marido (falecido), quando estava com câncer, e antes de falecer.

Na situação, em que pese a condição de viúva estar presente, o *de cujus* que havia coletado o material genético, mantido criopreservado, não havia deixado nenhum documento assinado onde manifestasse o seu desejo de que os sêmens fossem utilizados mesmo após a sua morte.

Seguindo o direcionamento da interpretação estabelecido pelo enunciado n.º 106 do STJ bem como considerando a autonomia do *de cujus*, a maioria dos desembargadores após longo debate e controvérsias, contrariamente ao voto da desembargadora relatora, negaram o pedido da viúva para utilizar os sêmens congelados.

Verifica-se, portanto, que a redação do artigo do CCB não conferiu segurança jurídica às pessoas, cabendo ao judiciário a interpretação das normas civis e constitucionais, para declarar ou não o direito. Embora tenha o código exigido o consentimento nos casos de inseminação heteróloga, manteve-se silente quanto à maternidade de substituição.

²⁷⁸ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf> Acesso em 12 set 2016. p. 61.

²⁷⁹ E M E N T A: AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. (TJDF, APC 20080111493002APC, 3ª Turma Cível, Relator Des. Nídia Corrêa Lima, j. 03/09/2014)

Sobre isso, importa observar que o fato de o CCB não dispor acerca da maternidade de substituição não caracteriza a sua vedação, ao contrário, tal prática vem ocorrendo no Brasil há anos sem uma norma que discipline a sua realização e determine juridicamente as questões relativas à filiação, o que até então vem sendo decidido pelo poder judiciário em observância as resoluções do CFM.

A conclusão é que o CCB, na agonia e urgência, dado o grande lapso temporal desde o início da apreciação do projeto de lei de sua criação, lançou embaraçosamente, em sede de revisão legislativa, um assunto delicado que não pode ser tratado em apenas três incisos como foi realizado.

8 ATIVIDADE JUDICIAL E LEGISLATIVA RELATIVA À PROcriação ASSISTIDA

Tal como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, assim também o positivismo lógico normativo perdeu de vista a vida real.

Artur Kaufmann

8.1 Atividade judicial

O poder judiciário vem por meio de decisões e provimentos emitidos pelas corregedorias dos tribunais judiciais estaduais, bem como do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), julgando casos de acesso à procriação assistida e determinação da filiação decorrente desta. É isso, portanto, que se analisará da atividade judicial, a partir da jurisprudência e dos provimentos.

8.1.1 Jurisprudência nos tribunais

A obscuridade que ronda a procriação medicamente assistida no ordenamento jurídico brasileiro, faz com que há anos a matéria venha sendo judicializada, seja para determinar ou não o dever do estado em fornecer gratuitamente os tratamentos de PMA, seja para reconhecer a parentalidade²⁸⁰ em casais homoafetivos, com a finalidade de poderem registrar seus filhos concebidos por meio da PMA.

Quanto ao direito de acesso às técnicas de PMA no âmbito do sistema único de saúde (SUS), sob o fundamento do direito ao planejamento familiar (226, §7º), as decisões têm sido diversas.

Nas improcedentes, é ressaltado que tal prestação não cabe ao Estado, sob o argumento da incompatibilidade com o orçamento público. Nas procedentes, os juízes consideram que o acesso ao tratamento de reprodução assistida deve sim ser fornecido pelo Estado, pois trata-se de um dos meios para a realização do planejamento familiar, para o qual, o Estado garantiu o acesso, e por isso deve efetivar.

²⁸⁰ A parentalidade homoafetiva, pode ser chamada também de homoparentalidade, termo atribuído à filiação de uma pessoa singular, bem como aos casais homoafetivos.

Em uma decisão do ano de 2007, o Desembargador do Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro-RJ, ao julgar improcedente um pedido de tratamento para infertilidade com a utilização da reprodução assistida, fundamenta sua decisão na máxima de que o direito às prestações positivas no âmbito do planejamento familiar, não garantem um direito de reproduzir mediante fertilização *in vitro*.²⁸¹

Em contraposição²⁸², alguns magistrados entendem que a infertilidade sendo um problema de saúde pública, e tendo a CRFB estabelecido o dever estatal de realizar prestações positivas para a realização do planejamento familiar, o que inclui a reprodução assistida, tais tratamentos não devem ser negados, ao contrário devem constituir como objetivo de políticas públicas e ter reserva de orçamento.

Sobre isso, em alguns julgados, os magistrados advertem que há disponibilização de verba orçamentária para que haja um fornecimento destes tratamentos na rede pública, razão pela qual não pode ser sempre aceito o argumento do estado de que não possui

²⁸¹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 226 DA CF E LEI Nº 9.263/96. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TRATAMENTO. DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. I - A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei nº 9.263/96, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II - Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução *in vitro*. III - Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da Autora do tratamento pleiteado (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade.²⁸¹

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO - RIO DE JANEIRO. ACÓRDÃO: 200551010049583 2005.51.01.004958-3, Rel.Des.SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 11/07/2007, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::24/07/2007 - Página::595) Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6420636/apelacao-civel-ac-200551010049583-rj-20055101004958-3>> Acesso em 12 dez. 2016.

²⁸² Conforme: “(...)A reprodução assistida está compreendida no planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88; Lei nº 9.263/96). No entanto, em se tratando de infertilidade humana, não se está apenas diante de nítido tema de saúde, afeito aos arts. 6º, 23, II, e 196, CF/88.

Se é certo, quanto aqueles que não disponham de condições financeiras, estar prevista cobertura pelo SUS (art. 3º, parágrafo único, Lei nº 9.263/96), em cujo âmbito instituída a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida (Portaria nº 426/GM, de 22.03.05; Portaria nº 388, do Secretário de Atenção à Saúde, de 06.07.05), nem por isso se pode deixar ao relento casos em que tal atendimento resta impossibilitado ou extremamente difícil, o que se constata dos autos, na medida em que a autora residente no interior do Município de Bom Jesus (Distrito de Casa Branca, Fazenda Marisa Barcellos), em termos práticos, não tem acesso à cobertura do programa pelo SUS.

TJ-RS - AC: 70039644265 RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 26/01/2011, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/02/2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22911486/apelacao-civel-ac-70039644265-rs-tjrs/inteiro-teor-111167545>> Acesso em 12 dez. 2016.

condições de financiar estes tratamentos, como forma de eximir das suas responsabilidades²⁸³.

Da análise dos julgados, verifica-se que no contexto do acesso aos tratamentos de reprodução assistida no SUS ou em clínicas particulares custeadas pelo estado, as interpretações do direito positivo constante no planejamento familiar, são controversas, no entanto, há um projeto de lei, o de n.º 5624/2005 que objetiva a criação de um programa de acesso à reprodução assistida dentro do sistema único de saúde.

Se paira controvérsias referente ao dever estatal de fornecer ou custear tratamentos no âmbito da reprodução humana assistida, no que respeita à filiação das crianças concebidas por meio das técnicas de PMA, nas quais os beneficiários são pessoas solteiras ou homoafetivos, as controvérsias, embora existam, já não são tão evidentes.

Não obstante a pouca e obscura produção legislativa brasileira referente à PMA, fato é que até o presente momento no Brasil o CFM tem com suas resoluções éticas “ditado o direito” e as fertilizações por pessoas solteiras e casais heteroafetivos ou homoafetivos vêm sendo realizadas conforme as regras impostas pelo conselho.

Na jurisprudência não há registro, ao menos na pesquisa realizada, de propositura de ação judicial por pessoa solteira ou casal homoafetivo objetivando o reconhecimento do direito de reproduzir mediante às técnicas de procriação medicamente assistida, salvo quando se objetiva a gratuidade do tratamento, mas aí já se considera um direito.

Isso porque inexistente norma legal que estabeleça o contrário, as clínicas de reprodução assistida são regidas pelas resoluções do CFM que permitem aos solteiros e casais homoafetivos a utilização das técnicas de PMA, ficando, todavia, resguardado o direito de objeção de consciência do médico que pode não realizar o tratamento.

²⁸³ AÇÃO ORDINÁRIA. Pretensão ao fornecimento de medicamento para tratamento de infertilidade. Possibilidade. Tratamento de alto custo. Valor mensal superior à renda líquida da autora. Parágrafo 7.º do art. 226 da CF define a família como base do Estado e assegura o direito ao livre planejamento familiar, incumbindo ao Estado o dever de proporcionar meios científicos para tanto. Lei n. 9.263/1996 regulamenta o parágrafo 7.º do art. 226 da CF incluindo no conceito de planejamento familiar o direito à concepção. Portaria 3.149/2012 do Ministério da Saúde destinando verba de R\$ 1.500.000,00 para tratamentos de saúde reprodutiva. Provimento liminar que garantiu o fornecimento dos medicamentos propostos na inicial, vindo a autora a engravidar. Exaurimento do objeto mediato. Sentença de improcedência não mantida, uma vez que a ação foi proposta em razão da recusa da municipalidade em fornecer a terapia. Recurso parcialmente provido a fim de condenar a ré ao pagamento de custas e despesas processuais na forma da lei. Honorários advocatícios fixados nos termos do art. 20, parágrafo 4.

TJ-SP - APL: 00052963120128260180 SP 0005296-31.2012.8.26.0180, Relator: Ronaldo Andrade, Data de Julgamento: 15/07/2014, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/07/2014, disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127682708/apelacao-apl-52963120128260180-sp-0005296-3120128260180/inteiro-teor-127682718>> Acesso em 12 dez. 2016.

Diante da não proibição legal e da permissão pelo CFM, as procriações seguem acontecendo, e a judicialização ocorre quando é necessário o reconhecimento da filiação da criança nascida por meio das técnicas, a ser registrada no nome de ambos os pais ou mães.

Antes mesmo do reconhecimento da união homoafetiva como união estável pelo STF em 05 de maio de 2011, alguns julgados já haviam concedidos aos ingressantes de ação judicial, o reconhecimento da união estabelecida, bem como o direito da criança à dupla maternidade em seu registro de nascimento.

Em 12 de dezembro de 2008, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar o processo n.º10802177836²⁸⁴, reconheceu a união entre duas mulheres, conviventes há mais de dez anos, e determinou a retificação dos registros de nascimento do casal de gêmeos concebidos por inseminação artificial.

A sentença, embora se tratar de processo cuja tramitação ocorre em segredo de justiça, encontra-se disponível na internet, por isso passaremos a discorrer sobre os fundamentos que embasaram a decisão do magistrado no caso.

A ação de declaração de união estável cumulada com pedido alteração de registros de nascimento dos gêmeos J.A. e M.C., foi proposta por M. e C. Diante da propositura da ação, o Ministério Público requereu a extinção do processo, alegando que os pedidos das autoras eram juridicamente impossíveis, em razão do ordenamento jurídico não admitir o casamento ou união entre pessoas do mesmo sexo.

O juiz, não obstante ter reconhecido a manifestação do ministério público no caso, ressaltou, no entanto, que as relações afetivas entre as pessoas do mesmo sexo são uma realidade social e que precisa ser reconhecida e amparada. Dispõe o julgador que pessoas do mesmo sexo, se unem afetivamente e formam uma verdadeira entidade familiar, com caracteres de continuidade, assistência mútua, fidelidade e publicidade.

Ressalta o julgador que muito embora a CRFB e a lei civil tenha estabelecido o casamento e união estável por pessoas de sexos diferentes, também não proibiu outros modelos de entidades familiares. Ao contrário, à luz da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), o princípio da igualdade (CF, art. 5.º), a não discriminação por orientação sexual (CF, art. 5.º), todos princípios constitucionais, admitem a união homoafetiva.

²⁸⁴ Rio Grande do Sul – Porto Alegre - Ação de declaração de união estável homoafetiva c/c alteração de registros de nascimento. (Proc. 10802177836, 8ª Vara de Família e Sucessões, Juiz de Direito Cairo Roberto Rodrigues Madruga, j. 12/12/2008). Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/127.pdf>> Acesso em: 19 dez 2016.

Com relação a alteração dos registros das crianças, o magistrado faz uma analogia com a adoção, dispondo que a jurisprudência vem aceitando a adoção homoparental, pelo que não há diferença entre os casos para negar o pedido das mães. Aliás, uma das mães é a mãe biológica das crianças, e a outra é a mãe social.

O direito desta é tão igual quanto ao daquela vez que planejaram juntas a concepção das crianças, ambas têm a posse dos filhos, e estes são reconhecidos publicamente como os filhos de M. e C. E com base nos princípios constitucionais e na relação socioafetiva, que entendeu o magistrado pelo reconhecimento da união entre as autoras como uma entidade familiar, bem como a alteração dos registros das crianças, para constar a filiação das duas mães, e dos seus ascendentes.

Em caso idêntico julgado pela 6.^a Vara de Família e Sucessões de Santo Amaro no Estado de São Paulo²⁸⁵, o magistrado ao reconhecer o direito à mãe biológica de ter seu nome no registro de nascimento dos seus filhos, concebidos por meio da inseminação heteróloga, gestados pela sua companheira, discorre sobre o tal futuro incerto das crianças que muitos atribuem a este tipo de filiação.

Descreve o juiz que as chances desta união familiar ser frustrante, não dar certo, são as mesmas chances aplicáveis a um casal heterossexual e seus filhos, não procedendo qualquer argumento para desconstituir a união neste sentido. Igualmente os preconceitos e constrangimentos que poderão sofrer na sociedade, são aqueles que outras pessoas também sofrem e sofrerão, por outros motivos talvez, mas sempre sofrerão.

Com o mesmo objetivo que as ações acima, mas agora para declarar a dupla paternidade de uma criança concebida pela reprodução heteróloga mediante gestação de substituição, M.A.A. e W.A.A. propuseram ação perante o Juízo da Comarca de Recife – Pernambuco²⁸⁶.

Os autores da ação já eram conviventes há mais de 15 (quinze) anos, tendo formalizado a união com o casamento civil em meados do ano de 2012.

Para a realização de um projeto parental e intuito em constituir uma família, a qual não seria possível sem o acesso científico, recorreram os autores a uma clínica de

²⁸⁵ São Paulo – Santo Amaro - Ação de reconhecimento da filiação homoparental. (Proc. 0203349-12.2009.8.26.0002, Juiz de Direito Fabio Eduardo Basso, j. 30/12/2010). Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/894.pdf>> Acesso em 19 dez 2016.

²⁸⁶ RECIFE - PERNAMBUCO, Proc. n° indisponível, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, j. 28/02/2012. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1175__c5d8601adbde14a319111bdea71487a6.pdf> Acesso em 19 dez 2016.

reprodução, tendo M.A.A. colhido sêmen e utilizando um óvulo doado, foi então realizada a fertilização e implantação do embrião em um útero de uma doadora, que temporariamente e em caráter gratuito levou a gestação até seu termo final.

O magistrado, Dr. Glicério Bezerra e Silva, ao analisar e iniciar o julgamento da ação dispõe que “se percebe a busca de dois cidadãos à fruição de direitos basilares, constitucionalmente albergados, e, à devida tutela estatal à nova formatação de entidade familiar e, em especial, de seus conseqüentários, in casu, o direito à homoparentalidade.”

De início, estabelece o magistrado que o direito à homoparentalidade é uma consequência da proteção que o estado concede à união homoafetiva, reconhecida como uma entidade familiar. Desabafa o julgador que “à míngua de legislação específica”, é imprescindível ao julgador uma acurada hermenêutica dos dispositivos constitucionais e de todo ordenamento jurídico, considerando para tanto a base pluralista da sociedade.

E dispõe que,

Ao revés das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, que se fundam em dogmatismos ultrapassados, me perfilo ao entendimento de que, qualquer dispositivo de lei que venha a constituir embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, deva ser abolido do sistema jurídico vigente, por intermédio de um acurado procedimento hermenêutico, ou seja, através de uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O magistrado segue afirmando que neste caso, os requerentes decidiram por planejar e realizar a homoparentalidade por meio da reprodução humana assistida, sendo um deles o pai biológico e o outro antes mesmo do nascimento, o pai afetivo. Ambos os pais se envolveram na mesma proporção para a efetivação deste sonho, suportando ambos as consequências materiais e emocionais que envolvem todo o processo da PMA.

Alerta ainda o julgador para o fato de que todas as pesquisas realizadas no âmbito da dupla maternidade e dupla paternidade, não comprovaram que esse modelo familiar é prejudicial para o desenvolvimento completo da criança, a qual poderá ter as mesmas dificuldades que outras crianças filhas ou não de casais heterossexuais.

E considerando que ambos os pais possuem condições de proporcionar a esta criança todo o carinho e amor, partindo o magistrado de uma hermenêutica pluralista, tendo como legítima a união do casal, é imperativo o reconhecimento do direito de exercerem a parentalidade homoafetiva.

Segundo o nobre julgador, qualquer decisão que não fosse essa, corresponderia uma ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e o direito de ter filhos e planejá-los de maneira responsável, da proibição da não discriminação, inclusive por orientação sexual, e por fim, a própria democracia.

Um caso também diverso dos que aqui foram apresentados, mas de muita valia, pois demonstra o quão órfão de segurança jurídica está o poder judiciário e a população brasileira.

A ementa da decisão que será transcrita, já que não se pôde ter acesso ao inteiro teor, expõe uma situação vivida por um casal homoafetivo que ao solicitar em juízo o direito de registrar seu filho, concebido por PMA heteróloga com sêmen de doador anônimo, o juiz requereu a citação do doador e do responsável da clínica para fazer parte do processo.

O casal que recorreu à justiça para formalizar a filiação que já ocorria na realidade fática, inconformados com a decisão, apresentou recurso ao tribunal contra a decisão do juiz que ordenou a citação do doador. O Tribunal considerou ser um “tumulto processual desnecessário” trazer aos autos o doador anônimo.

Alegou o relator que o procedimento que foi realizado para conceber a criança, garante ao doador o anonimato. Não obstante isso, por ser direito personalíssimo da criança, somente ela poderá investigar futuramente a sua origem genética, não podendo ser feito por outro interessado ou mesmo por ordem judicial.

Quanto ao direito de registrar a criança com a parentalidade homoafetiva, o relator manifestou que é evidente que ambos sonharam e realizaram juntos o projeto parental que foi realizado com o auxílio indispensável da medicina, e que nestes casos a socioafetividade deve predominar a qualquer questão biológica.

E por fim, fundamenta o relator, para impor que seja lavrado o registro de nascimento da criança em nome dos requerentes, no princípio do superior interesse da criança consagrado no artigo 100, inciso IV do ECA, que deve ter direito ao reconhecimento jurídico da sua filiação.

Agravo de instrumento. Pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, que concebeu o bebê por método de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo. (...).
1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um

contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. Deram provimento. Unânime.²⁸⁷ (*grifo nosso*)

Outros julgados que concederam aos casais homoafetivos o direito a dupla maternidade ou paternidade sob os mesmos fundamentos dos casos citados:

São Paulo (SP) - Registro Civil. Averbação de dupla maternidade de filha de mãe biológica que mantém união estável com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial de doador anônimo. Considerações sobre decisões do STJ e do STF que recomendam não mais criar óbice quanto ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, nem ao reconhecimento por autorização judicial sem natureza contenciosa de dupla maternidade no registro de nascimento. Desnecessidade de ação judicial em alguma Vara da Família. Recurso do Ministério Público improvido. (TJSP, AC 0022096-83.2012.8.26.0100, 4ª C. Dir. Priv., Rel. Maia da Cunha, j. 27/03/2014).²⁸⁸

Fortaleza (CE) - Ação Declaratória de Filiação para Averbação em Certidão de Nascimento. (...) **O Estado brasileiro tem o dever de**

²⁸⁷ (TJRS, AI 70052132370, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 04/04/2013) Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=38&s=72&p=3#t>> Acesso em: 19 dez 2016.

²⁸⁸ Decisão disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=38&s=72&p=2#t>> Acesso em 19 dez 2016.

proteger a criança, assegurando-lhe o direito fundamental à identidade e à segurança. Não pode, portanto, restringir a anotação registral, quando evidenciado o vínculo de filiação ao casal homoafetivo, realidade encontrada na sociedade atual, desde que, comprovadamente, como no caso dos autos, possua convivência familiar estável (união estável convertida em casamento). (...)Em síntese, como ressaltado anteriormente, na sociedade atual, o formato das famílias se alterou por demais e os filhos de casais homoafetivos fazem parte dessa evolução. Assim, cada família e suas crianças se ajustarão ao mundo de acordo com suas experiências e suas próprias características. Não existe receita para convivência familiar de forma harmônica e saudável. Diante do exposto, julgo procedente o pedido, determinando a averbação, no assento de nascimento de _____, da maternidade de _____, ordenando, outrossim, a inserção no referido assento dos outros avós maternos. Após o trânsito em julgado, expeça-se o competente mandado. (CE, Proc. nº indisponível, Juíza de Direito Silvia Soares de Sá Nobrega, j. 10/02/2014).²⁸⁹ **(negrito e grifo nosso)**

Rio de Janeiro (RJ) - Apelação cível. Direito civil e processual civil. Jurisdição voluntária. Pedido de declaração de dupla maternidade. Parceiras do mesmo sexo que objetivam a declaração de serem genitoras de filho concebido por meio de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo. Ausência de disposição legal expressa que não é obstáculo ao direito das autoras. Direito que decorre de interpretação sistemática de dispositivos e princípios que informam a constituição da república nos seus artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, caput, e 226, §7º, bem como decisões do STF e STJ. Evolução do conceito de família. **Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status de filho do casal.** 1. o elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento do menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. 2. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfrutava de filho das apelantes, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. 2. Sentença a que se reforma. 3. Recurso a que se dá provimento. (TJRJ, AC 0017795-52.2012.8.19.0209, 20ª C. Cív., Rel. Des. Luciano Barreto, j. 07/08/2013).²⁹⁰ **(negrito e grifo nosso)**

Florianópolis (SC) - Apelação cível. Ação declaratória de dupla paternidade. Sentença de procedência. Método de reprodução heteróloga assistida que utilizou gameta doado pela irmã de um dos autores, que também gestou a criança. Registro de nascimento da menor constando os nomes do casal homoafetivo como seus pais. Insurgência do ministério público. Pretendida nulidade da sentença, por

²⁸⁹ Decisão disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1465__87d83b324a092d16c473ee4360d644cc.pdf Acesso em 19 dez 2016.

²⁹⁰ Decisão disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1354__841766b5c7a52e448a0a867e3d535aaa.pdf Acesso em 19 dez 2016.

incompetência do juízo e porque não lhe fora oportunizada a manifestação sobre o mérito. Alegação de que o feito deveria versar sobre adoção, em razão de o gameta não ter sido doado por pessoa anônima, o que determinaria a competência da vara da infância e juventude. Insubstância. Parquet que, ao proclamar a incompetência do juízo, se manifestou sobre o mérito da demanda, opondo-se ao pleito, tese encampada depois pela procuradoria. Inexistência de óbice legal ao atendimento do pedido. Doadora do gameta que, após o nascimento da criança, renunciou ao poder familiar. **Melhor interesse da criança que deve preponderar sobre formalidades, aparências e preconceitos.** Pedido de antecipação da tutela realizado em contrarrazões. Imediata emissão da certidão de nascimento da infante, que se encontra, até o momento, desprovida do registro. Possibilidade. Requisitos do art. 273 do diploma processual preenchidos. Recurso desprovido. (TJSC, AC 2014.079066-9, Rel. Des. Domingos Paludo, j. 12/03/2015).²⁹¹ (negrito e grifo nosso)

Também as corregedorias dos tribunais de Justiça foram (e estão sendo) chamadas a se manifestar em pedidos de providência referente ao assunto.

Na decisão da corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí²⁹², o Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, ao analisar um pedido de providência, solicitado por um casal homoafetivo objetivando que fosse determinado ao cartório a lavratura do registro civil do filho concebido por meio da reprodução assistida, assim entendeu quanto ao direito de formação de vínculos de filiação:

Tal questão encontra-se inteiramente resolvida pelo conceito de homoparentalidade, pelo qual é perfeitamente possível que, no seio de uma família homoafetiva, o filho tenha duas mães ou dois pais. (...) Essa possibilidade encontra raízes no reconhecimento de que, também a família baseada numa união entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivas), merece tutela jurídica, na mesma medida daquela outorgada às uniões heteroafetivas.(...)

A decorrência óbvia do reconhecimento da união homoafetiva como família é a noção de homoparentalidade, pois, se pessoas do mesmo sexo podem constituir família, o exercício desse direito fundamental passa, inexoravelmente, pela possibilidade de formação de vínculo de filiação em que figurem, como pais, os dois companheiros; ou, como mães, as duas companheiras homoafetivas. Isso não apenas por meio do instituto da adoção, mas também pelo emprego de tratamentos de reprodução assistida. (...)

²⁹¹

Decisão

disponível

em:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1464__f732c05cf987660501db0b0cbb8f0e11.pdf>
Acesso em 19 dez 2016.

²⁹² Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI). Pedido de Providências nº 0001313-38.2013.8.18.0139, Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, julgado em: 19.12.2013. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1327__3c651934ddc8b4709dd04cf1edfbd788.pdf>
Acesso em 19 dez 2016.

O desembargador ainda continua para afirmar que se por um lado a mulher que doou o óvulo é a mãe biológica, a outra, em que no seu útero foi implantado o embrião, é igualmente mãe, não porque foi responsável pela gestação²⁹³, mas porque o projeto parental foi idealizado e buscado por ambas, de modo que sobressai a socioafetividade estampada na relação familiar, plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência, para atribuir-lhe o direito de ser mãe e de registrar a criança como filho.

Verifica-se da análise das decisões proferidas que o judiciário tem assumido papel fundamental na garantia de direitos das minorias, aqui nomeadamente os casais homoafetivos.

Poder-se-ia condenar essa atuação do poder judiciário, por acreditar que está, desde a decisão do reconhecimento da união homoafetiva, extrapolando seus poderes, no entanto, é situação de louvá-lo por tais atuações, que mediante uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tem defendido os direitos fundamentais destas minorias, direitos esses desprezados pelo legislativo até o momento.

8.1.2 Os provimentos das corregedorias estaduais e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A princípio cumpre esclarecer que provimento²⁹⁴ é um ato administrativo emanado por um poder superior hierárquico no âmbito de determinada repartição pública. Não possui caráter de lei, sendo inferior a regulamento, por exemplo, no entanto, disciplina determinada matéria direcionando a conduta dos servidores, fornecendo-lhes orientações em suas atribuições.

O direito de filiação, materializado e transcrito no registro civil²⁹⁵, constitui um dos princípios da Declaração dos Direitos da Criança de 1959²⁹⁶, e é um direito fundamental de toda pessoa, sem distinção se a concepção é biológica ou afetiva, tendo a

²⁹³ Aqui a caracterização da mulher gestante como mãe, não é somente em razão da criança estar ou ter estado em seu útero, porque nos casos de maternidade de substituição, a mulher gestante não tem qualquer poder familiar sobre a criança, mas sim é pelo motivo, enquanto a mãe de substituição faz uma doação em prol de um projeto parental alheio, a outra é a própria beneficiária do projeto parental.

²⁹⁴ HELY LOPES MEIRELES. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 161.

²⁹⁵ A CRFB garante, inclusive a gratuidade do registro civil para as pessoas carentes, conforme art. 5.º, inciso LXXVI, a.

²⁹⁶ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. Disponível: <http://bit.ly/1Ughze2> Acesso em 12 set 2016.

Princípio 3. Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

CRFB em seu artigo n.º 227, §º 6.²⁹⁷, vedado qualquer discriminação neste sentido, atribuindo aos filhos direitos iguais em todos os aspectos. O CCB em seu artigo n.º 1.596²⁹⁸ também estabeleceu a igualdade entre os filhos.

Da redação das disposições acima citadas referentes à filiação, pode-se afirmar que não há legalmente qualquer desigualdade na forma de tratamento aos filhos – biológicos ou afetivos.²⁹⁹ E é muito claro no ordenamento jurídico brasileiro o direito à filiação e ao registro civil, bem como é claro a proteção da família.

Em razão da clareza de tais direitos, que gera desconforto e indignação quando há a recusa do cartório em realizar o registro civil pelos pais biológicos e afetivos de filhos concebidos por meio da PMA. No entanto, é compreensível, pois a ausência de legislação e construção normativa acerca do tema, provoca mais dúvidas que esclarecimentos, de maneira que até o ano de 2016 no Brasil, não havia uma uniformização quanto ao registro civil nestes casos.³⁰⁰

A resolução do CFM n.º 2.121/2015, inovou em relação as outras resoluções, ao prever a garantia do registro civil da criança ao pais (beneficiários das técnicas), para casos de PMA onde houvesse utilização de material genético de doador ou ainda na gestação de substituição.

Tal disposição foi para garantir que os beneficiários não tivessem problemas ao requerer junto aos cartórios, o registro civil em nome dos dois pais ou duas mães, por exemplo.

²⁹⁷ Brasil. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 5 out 1988 [acesso 3 dez 2015]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1bIJ9XW>

Art. 227. (...)§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406..., cit. Disponível online.

Artigo 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁹⁹ PAULO LÔBO. Direito civil: famílias..., cit., p. 199.

³⁰⁰ Destaca-se que não somente o Brasil padece com esta falta de uniformização. Em 2014, a França foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a pagar indenização material e imaterial a um casal de franceses que recorreram a uma doação de útero nos Estados Unidos, onde foi realizado o procedimento, e não obtiveram o reconhecimento pelo registro civil das crianças como seus filhos. A Corte entendeu que os pais, beneficiários da técnica, não teve a sua intimidade privada ofendida, conforme alegado, porque o direito francês não permite a realização da maternidade de substituição, e estavam cientes disso ao recorrer em outro país para fazerem o procedimento. Contudo, as crianças titulares do direito de filiação, teve direitos fundamentais ofendidos que são inerentes à pessoa humana e decorrem também do direito de filiação, são eles, o direito de identidade, à sucessão, direito de alimentos, direito ao vínculo familiar, e também direitos previdenciários. E com base nos direitos elencados, a CEDH fundamentou e justificou a aceitação dos registros pela França. Cour Européenne des Droits de L'homme. Affaire Mennesson c. France: requête n° 65192/11, j. 26 set 2014. Disponível: <http://bit.ly/28Kz3Uu> Acesso em 12 set 2016.

Antes mesmo de vigorar a resolução do CFM com a alteração acerca do registro civil, alguns estados como Mato Grosso do Sul e Mato Grosso, através das Corregedorias Geral de Justiça correspondentes, considerando a demanda judicial, já havia expedido provimento para disciplinar a conduta dos cartorários, no limite do seu Estado, de como proceder em casos como estes ou semelhantes.

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, regulamentou o registro civil para constar o nome de dois pais ou duas mães, no provimento n.º 80/2013³⁰¹, considerando para tanto que, “a duplicidade em relação às mães ou pais não constitui óbice registrário”, eis que há precedentes admitindo adoção ou a filiação homoparental por homoafetivo.

Ainda, considerou que o registro civil de nascimento nos casos de homoparentalidade, “atende aos princípios da dignidade da pessoa humana; da cidadania; dos direitos fundamentais à igualdade; da liberdade; da intimidade; da proibição de discriminação, do direito de se ter filhos e planejá-los de maneira responsável.”

Dessa forma, entendeu por assim determinar o assento de nascimento decorrente da homoparentalidade, devendo para tanto ser apresentado ao Oficial de Registro Civil, os seguintes documentos: “I – declaração de nascido vivo – DNV; II – certidão de casamento, de conversão de união estável em casamento, ou escritura pública de união estável; III – termo de consentimento, por instrumento público ou particular com firma reconhecida; e, IV – declaração do centro de reprodução humana.”

Acompanhando o provimento do Mato Grosso do Sul, em julho de 2014, a Corregedoria do Estado do Mato Grosso publicou o provimento n.º 54/2014³⁰² e regulamentou o registro civil decorrente da homoparentalidade biológica ou afetiva, sob as mesmas considerações e exigências de documentos transcritas acima.

O Conselho da Justiça Federal, na direção da resolução do CFM e dos provimentos emitidos pelas corregedorias dos tribunais estaduais, na VII Jornada de Direito Civil realizada em 28 e 29 de setembro de 2015, aprovou o enunciado n.º 608, para dar a seguinte interpretação aos artigos n.º 1.593 e 1.596³⁰³ do CCB:

³⁰¹ MATO GROSSO DO SUL. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. Provimento n.º 80, de 25 de março de 2013. Diário da Justiça Eletrônico. Campo Grande. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=28406&original=1 Acesso em 23 set 2016.

³⁰² MATO GROSSO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. Provimento n.º 54, de 24 de julho de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Cuiabá; 28 jul 2014. Disponível em: <http://bit.ly/1ZWGMsu> Acesso em 23 set 2016.

³⁰³ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

ENUNCIADO 608 – É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local³⁰⁴.

E como justificativa da interpretação, se considerou que não faz sentido pessoas do mesmo sexo poderem se casar, adotar, realizar tratamentos de PMA e ser necessário uma ação judicial para que seus filhos sejam assim reconhecidos no registro civil. Impor o uso da via judicial, segundo o texto do enunciado, vem em prejuízo do próprio filho, que deixa ter seu direito à identidade garantido, bem como direitos sucessórios e previdenciários.³⁰⁵

Após a aprovação do enunciado acima pelo Conselho de Justiça Federal, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco publicou o provimento n.º 21/2015³⁰⁶, o qual repetindo as considerações dos outros provimentos, acrescentou que presente a documentação exigida, o registro será realizado independente de determinação judicial.

Além dos documentos exigidos pelos provimentos dos outros estados, exigiu-se a certidão de nascimento original ou autenticada dos pais ou mães solteiros juntamente com um documento de identificação com foto, e a necessidade da declaração da clínica médica de reprodução humana ser firmada pelo diretor ou médico responsável com assinatura reconhecida em cartório, constando que tenha sido realizado procedimento de PMA e quais técnicas, bem como os beneficiários.

O provimento tratou de maneira específica os casos de gestação de substituição, exigindo uma declaração de aprovação do cônjuge ou companheiro da doadora de útero, consentindo com o procedimento. Assim como à doadora do útero cabe expressamente, por escrito e com firma reconhecida, manifestar o consentimento de que na certidão de nascimento a maternidade será atribuída a outra pessoa.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁰⁴BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VII Jornada..., cit., p. 38.

³⁰⁵ ³⁰⁵BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VII Jornada..., cit., p. 39.

³⁰⁶ PERNAMBUCO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. Provimento n.º 21, de 29 de outubro de 2015. Diário de Justiça. Recife; 04 nov 2015. Disponível em: Disponível: <http://bit.ly/1sJCZUI> Acesso em 23 set 2016.

Para os casos de inseminação *post mortem*, exigiu-se a apresentação da declaração ou termo de autorização e consentimento, assinado com firma reconhecida, da utilização de material biológico do *de cujus*.

Em razão de que os provimentos citados alcançam apenas os cartórios do Estado ao qual pertence a Corregedoria que o expediu, que o CNJ, órgão responsável por fiscalizar a atuação dos serviços judiciários, inclusive os tabelionatos, publicou o provimento n.º 52/2016³⁰⁷ em 14 de março de 2016, buscando tratar a matéria de forma única em todo o território nacional.

O objetivo do CNJ foi proporcionar segurança jurídica uniformizando a conduta dos cartórios do país no que respeita ao registro civil de crianças nascidas através da PMA, contudo, em que pese a finalidade do provimento e a sua importância na realização do direito à filiação da criança, algumas disposições, causaram insatisfações no âmbito médico e jurídico, conforme será demonstrado.

A Corregedoria Nacional de Justiça, relativamente aos provimentos estaduais analisados, considerando os mesmos fundamentos constitucionais, estabeleceu a necessidade do comparecimento de ambos os pais (heteroafetivos ou homoafetivos) para realizar o registro do filho, o que não era exigido pelos outros provimentos.

Estabeleceu ainda que independente de ação judicial, o comparecimento dos pais com a documentação abaixo exigida, garante o registro civil. Os documentos exigidos pelo provimento do CNJ, são:

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo – DNV;

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenópticas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença que foi reconhecida a união estável do casal.

Para os casos de gestação de substituição e doação de gametas, se exigiu para fins de registro além dos termos de consentimento da doadora e do seu cônjuge, também do

³⁰⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 52, de 14 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília; 14 mar 2016. Disponível: <http://bit.ly/23pzzDu> Acesso em 13 set 2016.

companheiro ou cônjuge da beneficiária da PMA, autorizando procedimento, devendo todos os termos ser lavrado por instrumento público.

Ainda, no caso de gestação por substituição, se ressaltou que o nome da doadora do útero não constará no registro, apenas na declaração de nascido vivo. E aos casos de reprodução *post mortem*, de encontro aos outros provimentos, exigiu-se a termo de aprovação prévia, por instrumento público, autorizando a utilização do material genético após o falecimento.

Em que pese a importância reconhecida pelo CFM e pelos juristas, do provimento como um “quebra *barreiras*” no âmbito jurídico, a declaração da clínica de PMA constando o nome do doador, como um dos documentos exigidos para efetivação do registro descrito no inciso II do artigo 2.º do provimento, foi alvo de críticas.

Não obstante o CNJ tenha feito constar no § 4º. do mesmo, que o conhecimento da ascendência biológica não importará como fundamento para reconhecer vínculos de parentesco entre doador e o ser gerado, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), considerou a disposição como um retrocesso³⁰⁸, elaborando, por isso um requerimento à Corregedoria Nacional para que realizassem a supressão desta exigência.

O IBDFAM alegou que a revelação do doador como exigida no provimento, é incompatível com o direito reprodutivo em realizar um projeto de parentalidade³⁰⁹, tendo em vista que isto poderá inviabilizar o procedimento, seja porque conflita com o direito ao anonimato, com o dever ético de sigilo dos médicos, bem como com a intimidade dos beneficiários.

O CFM em parecer relativo ao provimento, condenou a exigência de revelar o nome do doador para os beneficiários poderem solicitar o registro civil de seus filhos.

A disposição, segundo o CFM, viola o direito do doador anônimo, ao mesmo tempo que obriga os médicos descumprirem as regras da resolução de PMA, bem como do Código de Ética Médica (CEM) o qual proíbe a revelação de fato que o médico possui conhecimento em razão da profissão que exerce³¹⁰.

³⁰⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Exigência de identificação do doador de material genético é atraso para o Direito. Pub. em 28 out 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6146/Exig%C3%A4ncia+de+identifica%C3%A7%C3%A3o+do+doador+de+material+gen%C3%A9tico+%C3%A9+atraso+para+o+Direito> Acesso em 18 dez 2016.

³⁰⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). IBDFAM, em requerimento ao CNJ, pede fim da identificação dos dadores de material genético. Pub. em 16 nov 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6169/IBDFAM,+em+requerimento+ao+CNJ,+pede+fim+da+identifica%C3%A7%C3%A3o+dos+dadores+de+material+gen%C3%A9tico> Acesso em 18 dez 2016

³¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Despacho Cojur n.º 285/2016. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/notasdespachos/CFM/2016/285_2016.pdf Acesso em 16 dez 2016.

Ainda, alega o CFM que a quebra de sigilo profissional além de violar um direito na relação médico-paciente, também é tipificada como crime no artigo n.º 154, do Código Penal Brasileiro³¹¹, podendo as clínicas e médicos serem punidos penalmente por tal conduta, bem como, possivelmente, serem réus em ações de reparação civil.³¹²

Em que pese considerarmos o conhecimento da ascendência genética um direito da criança, por dizer respeito à sua personalidade e dignidade, o CNJ não justificou a necessidade da revelação do nome do doador para o registro.

Mesmo que a justificativa a ser dada seja a proteção da identidade biológica, entendemos que sendo a titularidade da identidade genética pertencente à criança, apenas a ela cabe a decisão de saber ou não a sua origem biológica, cabendo à lei federal resguardar seu direito de conhecer a ascendência biológica.

A exigência do provimento, em última análise, acentua a discriminação por orientação sexual no exercício do direito reprodutivo, já que os homoafetivos constituem a maioria das pessoas que serão afetadas pela nova disposição, o que de fato não é compreensível, pois falamos de um Estado que reconhece o casamento homoafetivo, e isto implica em conceder direito aos desdobramentos da constituição familiar, como a proteção dos filhos e o direito à filiação.³¹³

Além disso, um dos objetivos do provimento foi diminuir a propositura de ações judiciais, todavia a exigência da revelação dos dados do doador, gera insegurança jurídica para médicos e também pacientes, e consignando que os cartórios de registro seguirão as disposições do provimento do CNJ, isso fará com que os beneficiários continuem a recorrer ao judiciário.

Foi o que aconteceu no fim do ano de 2016, com um casal homoafetivo da cidade de Itabuna no estado da Bahia³¹⁴.

³¹¹ BRASIL. Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940..., cit., disponível online.

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

³¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Despacho Cojur..., cit., disponível online.

³¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito. pub. em 05 out 2016.. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adequada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito> Acesso em: 15 dez 2016

³¹⁴ Processo n.º 0504596-48.2016.805.0113 – 1.º Vara de Família da Comarca de Itabuna (BA). Juíza Dra. Marina Kummer (Processo em segredo de justiça). Notícia veiculada em 06 out 2016. Disponível em: https://correspondentesba.jusbrasil.com.br/noticias/392424078/justica-de-itabuna-na-bahia-declara-dupla-maternidade-para-casal-de-mulheres?ref=topic_feed

Mayana e Lorena, casadas, decidiram ser mães e realizaram uma fertilização *in vitro*. De posse da declaração de nascido vivo, da certidão de união estável e da declaração do diretor da clínica de reprodução compareceram ao Cartório de Registro Civil, e para surpresa de ambas, o registro não pôde ser realizado porque faltava na declaração da clínica a identificação do doador.

O provimento do CNJ foi publicado durante a gravidez, e achavam que não teriam problema com o registro, em razão de que toda a documentação estava providenciada. No entanto, foi necessário propor ação judicial, para que as duas mães tivessem o direito de registrar seu filho.

O processo foi julgado pela juíza, Dra. Marina Kummer, da 1.^a Vara de Família de Itabuna, que reconheceu com base no dever do Estado de dar proteção à família e no direito ao planejamento familiar, o direito da dupla maternidade, determinando a realização do registro de nascimento para constar o nome das duas mães e dos quatro avós.

Concluindo, verifica-se que embora os provimentos, sobretudo o editado pelo CNJ com validade em âmbito nacional, tenham tido por fim proporcionar segurança jurídica aos beneficiários das técnicas de PMA e ao mesmo tempo diminuir a judicialização, tem-se que os documentos exigidos pelo CNJ, com a menção do doador para requerer o registro, apenas introduziu maior instabilidade, inclusive na relação médico-paciente, e agora está sendo o motivo de causas judiciais.

8.2 Necessidade de lei

A reprodução humana natural não é regulada por nenhuma lei, apenas há a intromissão do Estado, ressalvadas as exceções previstas, para proteger a vida ao criminalizar o aborto. Questiona-se então a necessidade da regulamentação da reprodução assistida, pois também é uma forma de reproduzir e que antes de tudo, depende do consentimento da pessoa para se realizar.

Muito embora seja um tema de constante evolução, e que uma lei sobre o assunto com o passar dos anos certamente, a exemplo da lei portuguesa, estará defasada³¹⁵, ainda assim Venosa³¹⁶ defende a relevância e urgência de legislação que discipline a utilização

³¹⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, O Direito da..., cit., p. 214.

³¹⁶ SILVIO DE SALVO VENOSA. Direito Civil – Direito..., cit., p. 243.

destes recursos. Afirma o autor, que deixar esses temas para os tribunais julgar casuisticamente, é correr o risco de causar uma instabilidade social desnecessária.

Não se trata apenas de regulamentar a aplicação das técnicas, quais serão permitidas, quem serão os beneficiários, mas também disciplinar o funcionamento e criar mecanismos para fiscalizar as próprias clínicas que oferecem esses tratamentos, a fim de não incorrer em casos como o do médico Roger Abdelmassih, referência nacional na área e que acabou sendo condenado e preso por crimes praticados no interior da sua clínica em São Paulo.³¹⁷

É preciso informar que segundo dados apresentados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), nem todas as clínicas de reprodução assistida cumprem as determinações da agência em fornecer os relatórios de quantos ciclos de fertilização foram realizados, quantos óvulos foram fecundados, entre outras estatísticas, o que reclama uma legislação em que haja rigor e penalidades também nestes aspectos.

O relatório apresentado pela Anvisa em 2016 referente ao ano de 2015 revela que os ciclos de fertilização aumentam consideravelmente a cada ano, tendo sido realizadas naquele ano 73.472 transferências de embriões para pacientes que realizaram fertilização *in vitro* no Brasil³¹⁸.

Observa-se, portanto, que muitas pessoas fazem uso das técnicas de reprodução assistida, não sendo irrelevante o tema e merecendo análise legislativa.

O descaso legislativo é gritante. Nota-se que o primeiro bebê nascido por meio de uma fertilização *in vitro* no país foi em 1984³¹⁹, e até este ano, ou seja, 32 (trinta e dois) anos depois a reprodução assistida é tratada apenas em ínfimos e insuficientes três incisos no CCB.

Como analisado, o CCB não regulamentou a PMA, e tampouco a autorizou, o que fez o legislador foi apenas declarar a existência da reprodução assistida³²⁰, mas não

³¹⁷ REVISTA VEJA ONLINE. Roger Abdelmassih é condenado a 278 anos de prisão”. Por Carolina Freitas e Mirella D’Elia, pub. em 23 nov 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/roger-abdelmassih-e-condenado-a-278-anos-de-prisao/> Acesso em 17 nov 2016.

³¹⁸ Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/brasileiros-fizeram-35-615-ciclos-de-fertilizacao-in-vitro-em-2015-219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR Acesso em 16 nov 2016.

³¹⁹ JORNAL HOJE. “Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos”. Notícia por Malu Mazza, pub. em 07 out 2014. <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html> Acesso em 19 nov 2016.

³²⁰ SILVIO DE SALVO VENOSA. Direito Civil – Direito..., cit., p. 256.

definiu os pressupostos para a sua realização. Tratou apenas superficialmente de questões relativas à filiação.

Não somente insuficiente, eis que não tratou de outros aspectos importantes da PMA, como também pouco esclarecedora naquilo que quis regular. A necessidade de lei justifica-se não apenas porque a matéria diz respeito a direitos fundamentais dos indivíduos, mas também porque órgãos administrativos e judiciais estão tendo que “legislar” à sua maneira.

8.2.1 A pretensa lei brasileira – análise dos projetos de lei no Congresso Nacional.

Há vários projetos de lei (PL) no Brasil que desde o ano de 1999 pretendem regulamentar a aplicação e utilização da procriação medicamente assistida.

O projeto de lei mais antigo é o n.º 90/1999 , proposto pelo Senador Lúcio Alcântara, o qual foi aprovado pelo Senado Federal e desde a data de 08 de janeiro de 2007 aguarda a decisão da Câmara dos Deputados³²¹, onde o mesmo projeto é autuado sob o n.º 1184/2013 e encontra-se à disposição da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania desde 07 de agosto 2003.³²²

A este projeto existem outros quinze na Câmara dos Deputados, que direta ou indiretamente, estão apensados, conforme consta enumerados e relacionados a seguir.

1 – PL 1184/2003: projeto originário do Senado Federal, substitutivo do projeto 90/1999. Estabelece normas para realização da inseminação artificial e fertilização in vitro, proibindo a gestação de substituição.

2 – PL 2855/1997³²³: de autoria do deputado Confúcio Moura, foi apresentado em 13 de março de 1997. Propõe regulamentação da utilização das técnicas de reprodução assistida.

³²¹ BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de lei n.º 90/1999. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304> Acesso em 18 dez 2016.

³²² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 1184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275> Acesso em: 18 dez 2016

³²³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 2855/1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719> Acesso em 19 dez 2016.

2.1 – PL 4665/2001³²⁴: de autoria do deputado Lamartine Posella, apresentado em 16 de maio de 2001, tem como objetivo permitir a reprodução assistida *in vitro*, apenas aos casais incapazes, comprovadamente, de gerarem um filho naturalmente.

2.2 – PL 1135/2003³²⁵: autoria do deputado Dr. Pinotti, apresentado em 28 de maio de 2003. Trata das normas para realização das técnicas de PMA, inclusive a gestação por substituição.

2 – PL 4664/2001³²⁶: autoria do deputado Lamartine Posella, apresentado em 16 de maio de 2001, proíbe o descarte de embriões humanos fertilizados "in vitro" e estabelece outras providências.

3 – PL 6292/2002³²⁷: autoria do deputado Magno Malta, apresentado em 13 de março de 2002, com objetivo de proibir a fertilização de óvulos com material genético de células de doador do sexo feminino. Justifica o deputado que esta técnica foi utilizada na Austrália e provocou indignação social, por isso, considerando que pode nascer um filho com duas mães e sem um pai, esta forma de reprodução deve ser abolida.

4 – PL 120/2003³²⁸: de autoria do deputado Roberto Pessoa, apresentado em 19 de fevereiro de 2003, propõe alteração da lei n.º 8.560/1992, que dispõe sobre a investigação de paternidade, para permitir que os filhos havidos por meio da reprodução assistida possam buscar conhecer a identidade de seu pai ou mãe biológicos.

4.1 – PL 4686/2004³²⁹: de autoria do deputado José Carlos Araújo, apresentado em 15 de dezembro de 2004, estabelece o direito à identidade biológica, propondo a inclusão do artigo n.º 1.597-A à lei n.º 10.40/2002 (CCB), para assegurar tal direito, dispondo ainda sobre os efeitos de vínculo parental e sucessórios.

³²⁴ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 4665/2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28415> Acesso em 19 dez 2016.

³²⁵ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 1135/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461> Acesso em 19 dez 2016.

³²⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 4664/2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28414> Acesso em 19 dez 2016.

³²⁷ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 6292/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46207> Acesso em 19 dez 2016.

³²⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 120/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774> Acesso em 19 dez 2016.

³²⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 4686/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816> Acesso em 19 dez 2016.

5 – PL 2061/2003³³⁰: autoria da deputada Maria José Da Conceição Maninha, apresentado em 24 de setembro de 2003. Propõe a regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida.

6 – PL 4889/2005³³¹: projeto de autoria do deputado Salvador Zimbaldi, apresentado em 09 de março de 2005, propondo o estabelecimento de normas referente ao funcionamento das clínicas de reprodução assistida.

7 – PL 5624/2005³³²: autoria de Neucimar Fraga, apresentado em 07 de julho de 2005, propõe a criação de um programa de reprodução assistida dentro do Sistema único de Saúde (SUS).

8 – PL 3067/2008³³³: proposto pelo deputado Dr. Pinotti em 25 de março de 2008, dispõe sobre o estabelecimento de regras para pesquisas em células-tronco e outras disposições referente aos embriões congelados.

9 – PL 7701/2010³³⁴: autoria da deputada Dalva Figueiredo apresentado em 03 de agosto de 2010, dispõe sobre a fecundação *post mortem* com sêmen do marido ou companheiro.

10 – PL 3977/2012³³⁵: projeto apresentado pelo deputado Lael Varella em 30 de maio de 2012. Dispõe sobre o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida por pacientes que, em idade reprodutiva, estão em tratamento de câncer, para poder preservar seus gametas.

³³⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 2061/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835> Acesso em 19 dez 2016.

³³¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 4889/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277889> Acesso em 19 dez 2016.

³³² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 5624/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=293728> Acesso em 19 dez 2016.

³³³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 3067/2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387753> Acesso em 19 dez 2016.

³³⁴ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 7701/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251> Acesso em 19 dez 2016.

³³⁵ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 3977/2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=546435> Acesso em 19 dez 2016.

11 – PL 4892/2012³³⁶ e PL 115/2015³³⁷ : de autoria do deputado Eleuseus Paiva, apresentado em 19 de dezembro de 2012, propõe a instituição de um Estatuto da Reprodução Assistida a fim de regular a aplicação das técnicas de PMA, bem como as consequências destas para os envolvidos e a sociedade.

Cumpra analisar, neste momento, as disposições dos projetos quanto às condições para utilização das técnicas e a determinação dos beneficiários.

Em sua maioria, os projetos não abrangem todos os aspectos da PMA, sendo alguns específicos por exemplo, para reconhecer o direito à identidade biológica da criança nascida da PMA ou ainda, propor a inclusão de um programa de reprodução assistida no âmbito do sistema de saúde pública do país, o SUS.

O único projeto atualmente aprovado pelo Senado Federal, é o PL 1184/2003, no entanto, dada as mudanças no direito de família e o desenvolvimento da medicina, este projeto está completamente desatualizado.

É compreensível que tendo o seu trâmite se iniciado em 1999, quinze anos depois do primeiro bebê por fertilização in vitro ter nascido no país, e doze anos antes de o STF reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, não poderiam prever as mudanças que ocorreriam para legislar conforme os anseios sociais.

Quanto à idade, nenhum dos projetos apresentam uma idade máxima,, mas apenas a idade mínima, de 18 (dezoito) anos. Quanto às condições para utilização, os projetos apresentam a reprodução assistida como tratamento terapêutico, subsidiário, podendo ser realizada apenas diante de um diagnóstico de infertilidade ou com objetivo de prevenir transmissão de doenças.

O PL 1184/2003, especifica que além da infertilidade, a PMA poderá ser aplicada “em casos de doenças genéticas ligadas ao sexo”³³⁸, e dispõe que para os casos onde não

³³⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 4892/2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022&ord=1> Acesso em 19 dez 2016.

³³⁷ Este projeto foi apresentado pelo deputado Juscelino Rezende Filho em 03 de fevereiro de 2015, no entanto, trata-se do Projeto de Lei foi apresentado pelo ex-deputado Dr. Eleuses Paiva, com o nº 4892/2012. Contém as mesmas disposições.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 115/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022&ord=1> Acesso em 19 dez 2016.

³³⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 1184/2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003

Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que: (...)

há a causa que identifique a infertilidade, antes de autorizar a utilização da PMA, deverá considerar a idade da receptora, além desta aguardar um período mínimo de tempo, que será regulamentado.

O projeto é falho neste aspecto, por dois motivos. Primeiro, ao autorizar a PMA em casos de doenças genéticas ligadas ao sexo, excluem a utilização daquelas para prevenir outros tipos de doenças graves, que se transmitidas provocará danos ou ser fatal à saúde do feto, como exemplo, a síndrome de Leight³³⁹.

Segundo, é incompreensível que o legislador para casos onde a infertilidade não tem causa aparente, estabeleça que anterior a utilização da PMA deverá ser considerado a idade da receptora, mas não coloca parâmetro nenhum, bem como disponha sobre um tempo mínimo de espera para o tratamento, mas delega a especificação deste tempo para um futuro regulamento.

Ora, o legislador parece desconhecer que os pacientes quando buscam esses tratamentos, já tentaram obter resultados de outras formas, já sofreram e esperaram demais³⁴⁰. Diante disso, se acreditam ser importante este tempo, já que está regulamentando a utilização da PMA, porque já não estabelecê-lo? Por que postergar?

O projeto de lei n.º 1135/2003, permite o uso das técnicas não somente para prevenir doenças genéticas, mas também as hereditárias³⁴¹, e o PL 115/2015³⁴² admite

Parágrafo único. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

³³⁹ Técnica de reprodução assistida que utilizou o óvulo de duas mulheres, sendo uma possuidora de um DNA mitocondrial saudável, fertilizado com o sêmen do genitor, possibilitou o nascimento de Abrahim Hasan sem a síndrome de Leight, da qual a mãe é portadora. NEW SCIENTIST. Exclusive: Word's first baby born with new "3 parent" technique. Pub. em .Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2107219> Acesso em 10 fev 2017.

³⁴⁰ Ressalta-se que para se aventar a possibilidade de infertilidade, a pessoa neste momento já passou por um período de 12 meses mantendo relação sexual sem contraceptivo, objetivando a gravidez. Essa é a espera aconselhada por médicos, se esse tempo esgotou sem gravidez, ainda que o motivo seja desconhecido, não há o que esperar mais, a não ser realizar a reprodução assistida.

³⁴¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 1135/2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=136097&filename=PL+1135/2003 Acesso em 20 dez 2016.

Art. 15. As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas na prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

³⁴² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 115/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015 Acesso em: 20 dez 2016.

Art. 5º As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade.

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave.

além dos casos de infertilidade, o uso da PMA, genericamente, para prevenir a transmissão de doença grave para a criança a ser gerada.

Já o projeto n.º 3977/2012, propõe assegurar o direito das pessoas que irão passar por tratamento de câncer, que tenham risco de ficarem estéreis, a terem seus gametas preservados, sendo todo o processo de retirada e criopreservação desses gametas realizado no âmbito do sistema público de saúde.

Para a deputada que realizou a proposição, a possibilidade de se tornar infértil durante o tratamento de câncer, é um temor enfrentado por muitos pacientes de no futuro não poderem ser pais e mães, e assegurar este direito é uma obrigação do Estado, inclusive para proporcionar a igualdade de tratamento, já que aqueles que possuem condição financeira, já fazem a recolha do material genético.³⁴³

Relevante a ideia da deputada, mas ao admitir que pessoas com condição financeira já realizam o procedimento, denota que pretende com a lei proteger aqueles que possuem câncer, e não têm condições financeiras para preservar os seus gametas saudáveis. Contudo, como não estabeleceu isso na lei, todos, independentemente de condição financeira, devem ser beneficiados se a lei assim for aprovada.

Agregando os interesses propostos em cada projeto, se aprovados, a reprodução assistida poderá ser aplicada nos casos de comprovada infertilidade, para prevenir doenças genéticas, hereditárias e doenças graves que possam ser transmitidas para o feto, além de permitir a criopreservação de gametas aos pacientes com câncer que podem ficar inférteis.

Quanto ao estado civil e a orientação sexual, embora nenhum dos projetos declare expressamente a permissão de utilização das técnicas às pessoas singulares, aos casais heterossexuais e homoafetivos em regime de casamento ou união estável, também não proíbe a sua realização.

O PL 1184/2003, quanto aos beneficiários, em seu artigo 1.º, limita-se por destinar a PMA às mulheres ou casais³⁴⁴, sem especificar qual tipo de casal. O que permite aferir

³⁴³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 3977/2012. p. 3. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=996949&filename=PL+3977/2012 Acesso em 21 dez 2016.

³⁴⁴ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 1184/2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003 Acesso em 19 dez 2016.

Art. 1.º (...)

II - beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

que mulheres solteiras e casais, independente da constituição familiar, podem fazer uso da reprodução assistida.

Este projeto proíbe a gestação de substituição³⁴⁵, de modo que os casais homoafetivos masculinos, sendo esta o único método que pode lhes proporcionar um filho parcialmente biológico, não poderiam exercer o planejamento parental e o exercício do direito de procriar. Portanto, mesmo que um ou ambos sejam inférteis biologicamente, não poderão fazer uso da PMA, porque não podem engravidar e a cessão de útero é proibida.

Aí se poderia imaginar que os casais homoafetivos femininos teriam maiores possibilidades. Muita cautela, porque a exigência da infertilidade é que limitará o acesso. Mas supondo que em um casal de mulheres alguma delas seja diagnosticada como infértil, poderá recorrer à PMA.

Agora, e se estiver diante de duas mulheres, férteis biologicamente, mas incapazes de gerar um filho em razão da relação estabelecida? Aí neste caso, o Estado não permite a PMA, porque ausente a infertilidade biológica, e então, caso queiram ter um filho não terão outra opção, salvo a de manter relações sexuais com alguém, da qual não tem atração e as vezes até repugnância.

Para os casais homoafetivos e também as mulheres singulares, o problema não é a questão do estado civil, mas sobretudo, a condição da comprovação da infertilidade para poder justificar a utilização das técnicas. Esse é o problema encontrado nos outros projetos.

O PL 1135/2003, de todos os projetos aparenta ser o único a deixar uma implícita exclusão aos casais homoafetivos masculinos, pois consigna no artigo 9.^o³⁴⁶ que toda mulher que tenha solicitado a PMA e que haja indicação médica para tal, pode ser beneficiária.

Nota-se que é garantido o acesso à mulher solteira, casada e em união estável, todavia, em razão de dispor a palavra “mulher” e não “pessoa”, se pode concluir que

³⁴⁵ A gestação de substituição é proibida no projeto de lei 1184/2003, e a sua realização é punida criminalmente.

³⁴⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 1135/2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=136097&filename=PL+1135/2003 Acesso em 19 dez 2016.

Art. 9º Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

Parágrafo único. Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, em processo semelhante de consentimento informado

apenas casais heterossexuais e homoafetivos femininos são alcançados pela disposição. Apesar de não fazer restrição quanto à orientação sexual, o projeto exclui tacitamente os casais homoafetivos masculinos ao utilizar o gênero mulher para determinar os beneficiários.

Ainda que fosse realizada uma interpretação diversa desta, este projeto embora admita a gestação por substituição³⁴⁷, de suma importância para os homens solteiros ou casados homoafetivos, condiciona a aplicação desse método apenas para uso terapêutico, ou seja, em casos de infertilidade, problemas de gestação ou para prevenção de doenças.

O PL 115/2015, substitutivo do PL 4892/2012 e mais recente de todos, estabelece como destinatários das técnicas de PMA, qualquer pessoa maior de 18 (dezoito) que manifeste consentimento e que tenha indicação médica para o tratamento³⁴⁸. É o projeto mais radical quanto à necessidade do diagnóstico de infertilidade, chegando a criminalizar³⁴⁹ a aplicação das técnicas de PMA, quando não for para remediar a infertilidade ou evitar a transmissão de doenças.

O projeto admite a gestação de substituição, a qual denomina de cessão temporária de útero, apenas quando houver indicação médica para o método em razão da impossibilidade de gestação, condiciona sua realização à gratuidade do processo e ser a cessionária parente de até 2º grau de um dos cônjuges. Neste último caso, a exceção somente ocorrerá se o CFM emitir parecer prévio autorizando a gestação.

Em todos os casos, o projeto estabelece que a cessão de útero somente poderá ocorrer efetivamente se o “pacto de gestação de substituição” for homologado em juízo. Na falta de homologação judicial, caso a cessão se realize, o pacto será tido como nulo e a mãe da criança, para todos os efeitos legais, será a mulher que suportou a gestação.³⁵⁰

³⁴⁷ Insta informar que todos os projetos que permitem a gestação de substituição, condicionam a realização desta à receptora que seja da família com parentesco de até 2º grau, bem inferior ao que a resolução do CFM dispõe, parentesco de até 4.º grau.

³⁴⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 115/2015..., cit., disponível online.

Art. 40. Pode-se submeter ao tratamento de reprodução humana assistida qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz que, mediante manifestação inequívoca de sua vontade e por indicação médica, deseje ter um filho.

³⁴⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 115/2015..., cit., disponível online.

Art. 88. Aplicar as técnicas terapêuticas de reprodução assistida fora dos casos de terapia contra a infertilidade e/ou esterilidade ou para evitar a transmissão de doença genética grave dos pais à sua descendência. Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

³⁵⁰ Capítulo V – Da Cessão Temporária de Útero

Art. 21. A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento.

Art. 22. A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação.

Art. 23. A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º. Grau.

Em razão da aceitação da procriação heteróloga, o projeto foi cuidadoso ao garantir o anonimato do doador, e mesmo, a exemplo da lei portuguesa, colocando à critério do juiz a decisão pela autorização, salvaguardou o direito da criança de conhecer a sua identidade biológica³⁵¹, sem qualquer estabelecimento de vínculo de filiação ou direitos sucessórios em relação ao doador (a).

Seguindo as disposições do CCB quanto à presunção da filiação³⁵² decorrente da reprodução assistida, este projeto é mais claro ao dispor que a criança é presumidamente filho dos que se beneficiarem de quaisquer das técnicas permitidas. Além disso, estabeleceu a filiação nos casos de maternidade de substituição, como já mencionado.

Quanto à reprodução *post mortem*, o projeto dispôs a necessidade de prévio consentimento do falecido, e os direitos sucessórios, segundo o teor do projeto, ficam garantidos caso a gravidez ocorra em até 3 (três) anos da abertura da sucessão³⁵³, transcorrido o prazo a sucessão será definitiva.

Parágrafo único. Excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina.

Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação. Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.

Art. 25. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Art. 26. Para que seja lavrado o assento de nascimento da criança nascida em gestação de substituição, será levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais o pacto de substituição homologado, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado.

³⁵¹ Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

³⁵² Capítulo III – Da Presunção de Filiação

Art. 47. O filho nascido da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumidamente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, o assento de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais conterá dados dos quais se possam inferir o caráter da geração. Art. 48. Nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto. Art. 49. Em caso de filiação *post mortem*, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos oriundos de uma relação paterno-filial, observados os limites e exigências impostos por esta Lei.

³⁵³ Art. 59. Tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado. § 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento. § 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período,

Este projeto é o mais recente de todos, e trata-se de um projeto de lei bem servido, no sentido de que possuindo 106 artigos estabelece desde quais técnicas poderão ser aplicadas, até a criação de um conselho nacional de reprodução assistida e cominações penais para casos de infrações no âmbito da PMA.

Apesar de tratar de muitas questões, como as de filiação, para as quais o CCB não se preocupou na época em estabelecer, verifica-se que se assim for aprovado necessitará de regulamentação, por exemplo, referente ao “pacto de gestação por substituição”, visto que o projeto apenas exige que o pacto seja homologado em juízo antes da realização do método, mas não disciplina a forma e os elementos que devem conter neste pacto.

Referente aos beneficiários, o projeto muito embora não distinga ou exclua os beneficiários pelo estado civil ou orientação sexual, limita, como em todos os outros projetos, o acesso à PMA mediante diagnóstico de infertilidade, com exceção para evitar transmissão de doenças para a criança.

O teor das proposições nos projetos não acompanharam as resoluções do CFM, não que devessem, mas essas parecem corresponder mais os desejos da sociedade que as elaboradas pelos representantes escolhidos para legislar, os quais sequer consideraram a transformação da família brasileira e os direitos fundamentais como o de constituir família, à saúde reprodutiva, ao planejamento familiar.

Dá análise das poucas justificativas dos projetos, já que muitos nem mesmo tem, é possível identificar o quão ínfimo de argumentos e técnica legislativa estão os legisladores, que sequer fazem uma análise constitucional para fundamentar a sua proposição. O único dispositivo constitucional citado é o artigo que diz respeito ao planejamento familiar.

Assim, não foi considerado o direito à saúde no seu caráter mais amplo como saúde psicológica por não poder ter filhos, não foi considerado os direitos da personalidade, nem o princípio fundamental e norteador de todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana.

Em última análise das propostas de lei, verifica-se que o legislador apesar de não restringir o acesso à PMA se baseando nos critérios de estado civil e orientação sexual, ao atribuir às técnicas a qualidade de subsidiária, exigindo o diagnóstico de infertilidade

se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida. § 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva. § 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

para a realização, impedem que casais homoafetivos e pessoas solteiras, impossibilitados de ter filhos naturalmente, se beneficiem da PMA.

É preciso ter como exemplo as legislações de outros países, como a de Portugal, onde a primeira lei sobre PMA restringia o acesso apenas para casos de infertilidade, e depois verificando a necessidade de alargar os beneficiários procederam com alterações legislativas, para permitir a utilização da PMA independentemente deste diagnóstico.

Em suma, os projetos de lei, que ainda estão sendo discutidos pelos legisladores, desconsideram a realidade brasileira, negam direitos consagrados, reforçam a desigualdade de gênero e discriminação sexual, e se assim for aprovado, a exemplo de Portugal, deverá sofrer alterações legislativas em seguida, o que conduzirá o povo brasileiro a mais um tempo de incertezas, tendo em vista a demora da prestação legislativa.

CONCLUSÃO

A finalidade do trabalho era identificar os beneficiários da procriação medicamente assistida no atual contexto do direito brasileiro.

Para isso, em razão da ausência de lei específica que os determine, motivo que torna o tema de extrema relevância jurídica e social, o estudo foi realizado a partir de uma análise dos direitos que fundamentam o direito reprodutivo, bem como da legislação e atividade judicial, além das resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), órgão atualmente responsável por dizer quem são esses beneficiários.

De início, antes de apresentar a reprodução humana como um direito fundamental, preocupou-se em encontrar o seu significado e importância para a pessoa e sociedade ao longo dos anos. Pôde-se perceber que o ato de reproduzir para as populações mais antigas era algo necessário, intrínseco e consequência da instituição familiar.

Desconhecedores das etapas e condições necessárias que envolvem um processo reprodutivo de sucesso, o que foi possível apenas com o conhecimento científico, a procriação era vista não somente como um fenômeno natural, mas também divino, além de ser indissociável da prática sexual.

Nesta altura, a infertilidade já acometia várias mulheres e homens - ainda que não fossem os culpados -, mas sem saberem dos fatores biológicos que influenciavam para esse problema, eram discriminadas, julgadas e até tinham seus casamentos anulados, em razão da impossibilidade de engravidar.

Concluiu-se que o conhecimento científico do processo reprodutivo trouxe muitos benefícios às pessoas: ele conferiu liberdade sexual, porque constatou que a gravidez não decorre de toda relação dependendo de outras condições para se concretizar; proporcionou autonomia reprodutiva e possibilidade de planejar a procriação, decidindo quando e quantos filhos se teria.

Paralelamente à liberdade sexual e a possibilidade de evitar filhos indesejados, o conhecimento do processo reprodutivo trouxe uma alternativa revolucionadora na maneira de se ter filhos. As técnicas de procriação humana assistida, heteróloga ou homóloga, possibilitaram que as pessoas incapazes de procriar naturalmente tivessem filhos, por meio de um procedimento médico e laboratorial.

Pôde-se concluir que a reprodução humana não havia até o surgimento das técnicas de PMA, sofrido questionamentos acerca de ser ou não um direito. No entanto, após a

disseminação e crescente demanda pelos procedimentos de reprodução assistida, passou-se a discutir sobre a existência de um direito de reproduzir por meio da PMA.

Para explorar se o direito de reproduzir pode de fato ser exercido por intermédio da PMA, buscou-se a princípio explanar sem esgotar a teria dos direitos fundamentais, o porquê de a reprodução humana ser um direito fundamental, com dever de proteção estatal.

Primeiramente, entendeu-se que por trás de um direito fundamental há uma necessidade humana, sendo o liame desta necessidade com o valor e importância que ela possui frente ao ser humano, que faz um direito ser considerado um direito fundamental e merecer proteção jurídica adequada.

A reprodução é muito mais que uma necessidade apenas, é um desejo e um projeto de vida para muitas pessoas, as quais terão o pleno desenvolvimento de sua personalidade quando puderem concretizar o direito de procriar. Como todo direito fundamental, também não é absoluta, podendo ser sobrestada perante outro direito fundamental.

Em que pese não conter previsão expressa na CRFB sobre o direito de reproduzir, há que se ressaltar que os direitos fundamentais não são taxativos, além disso pôde-se verificar que, a exemplo da proteção internacional do direito à reprodução reconhecido nos textos internacionais, por meio das expressões de direito à saúde reprodutiva e planejamento familiar, o ordenamento brasileiro também garante direitos que fundamentam o direito reprodutivo.

O direito de procriar é garantido como direito à saúde reprodutiva, que respeita a integridade física e psíquica da pessoa. Igualmente encontra alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana o qual fundamenta os direitos da personalidade, sobretudo o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Ficou estampado que tal direito decorre do direito de constituir família, ao qual a procriação é intrínseca, muito embora se possa constituir uma família sem exercer o direito de reproduzir. Tal direito advém também do direito ao planejamento familiar, sendo traduzido por este a sua face negativa e a positiva.

O planejamento familiar disposto na CRFB e para o qual existe lei específica, prevê o auxílio estatal, por meio de métodos conceptivos e contraceptivos, a fim de garantir a efetivação deste direito. Entre os meios conceptivos, estão inclusive, as técnicas de PMA.

Referente ao dever estatal de propiciar o acesso aos tratamentos de procriação assistida frente a alegada impossibilidade orçamentária, entendeu-se que diante de um problema de saúde o estado tem que subsidiar os tratamentos de PMA, em outros casos,

como pessoa singular e casais homoafetivos, embora não tenha o mesmo dever também não pode restringir o acesso de quem pode aceder à PMA com recursos próprios.

Verificou-se que as técnicas de PMA podem ser consideradas subsidiárias quando sua aplicação estiver condicionada à observação do diagnóstico de infertilidade ou para evitar transmissão de doenças para o feto. Bem como podem sofrer restrições com base nos critérios de idade, estado civil e orientação sexual.

Quanto ao cumprimento das condições, entendeu-se que são justificáveis à utilização da PMA, mas não podem ser exclusivas. A exigência da infertilidade biológica exclui do acesso à reprodução assistida as pessoas solteiras e os casais homoafetivos, que padecem em sua origem, da infertilidade relacional.

A PMA como forma subsidiária de reprodução, deve assim ser apenas quando há alternativa, como exemplo um casal heterossexual capaz de gerar um filho naturalmente. Tal alternativa não é verificada em casais homoafetivos ou pessoas solteiras, razão pela qual a PMA, nestes casos, não pode ser tratada como subsidiária.

Da análise do direito comparado, constatou-se que com exceção da Espanha, os outros países como França, Itália e Portugal, dispõem ser a reprodução assistida um tratamento subsidiário, muito embora Portugal, tenha permitido recentemente o acesso independente do diagnóstico de infertilidade.

No Brasil o CFM que dispõe sobre a PMA não a estabelece como subsidiária, sendo permitido o acesso aos maiores de 18 anos, independente de qualquer condição justificadora, estado civil ou orientação sexual. Em razão da larga permissão e aplicação das técnicas, da ausência de lei, e ínfima disposição legal no CCB, o judiciário, após o nascimento dos bebês por meio da PMA, tem sido o “legislador” especialmente para decidir questões de filiação.

Observou-se da análise dos julgados, que o judiciário não é chamado a declarar se há ou não um direito de acesso à PMA, com fundamento no direito reprodutivo e todos os outros direitos fundamentais que o recepcionam. Mas sim, tem sido acionado para determinar se o Estado deve ou não arcar com os custos do tratamento, e para declarar a dupla maternidade ou paternidade de casais homoafetivos que recorrem à PMA para reproduzir.

As decisões quanto ao dever estatal de custear os tratamentos de PMA são divergentes, já o reconhecimento da filiação aos casais homoafetivos são sempre favoráveis. Reconhecem os juízes que aos homoafetivos são aplicados os mesmos direitos que aos heterossexuais, e sendo reconhecida a união familiar daqueles, não pode-lhes ser

negado o direito de ter filhos pela PMA, pois o mesmo não seria negado aos heterossexuais.

Mesmo ciente das mudanças que podem ocorrer no âmbito da PMA, a necessidade de lei específica no Brasil é urgente, não apenas para legalizar e proporcionar segurança jurídica, mas também para retirar do judiciário e do CFM uma função que não lhe cabe.

Há vários projetos de lei que estão há anos esperando uma votação do Congresso Nacional.

Em nenhum dos projetos apresentados é verificada expressamente a exclusão do acesso à PMA, com base no estado civil ou orientação sexual, apenas é indicado uma idade mínima de 18 anos para realização dos tratamentos. Todos os projetos aceitam a utilização da reprodução heteróloga e em sua maioria, permitem a gestação por substituição.

Contudo, a diferenciar das resoluções do CFM, os projetos consideram a PMA como um método subsidiário e não alternativo, dispondo a necessidade do diagnóstico da infertilidade ou em geral, para evitar a transmissão de doenças. Tal opção aponta tacitamente para no mínimo um desrespeito aos direitos das pessoas solteiras e homoafetivos, porque essas pessoas não possuem outra escolha que não seja recorrer à PMA.

São pessoas impossibilitadas, pelas suas condições, de manter uma relação fértil sem que para isso tenham que se submeter a prática sexual com desconhecido, no caso dos solteiros, assumindo o risco de ser contaminado por alguma doença, ou com pessoas do sexo oposto, no caso dos homossexuais.

Qual a diferença em admitir que um casal heterossexual, infértil biologicamente, se beneficie da PMA heteróloga, e um casal homoafetivo ou uma pessoa solteira, incapaz de manter uma relação fértil, tenha o mesmo direito de recorrer à PMA heteróloga? Na prática, o problema é o mesmo e a solução também.

A exigência da infertilidade biológica como condição exclusiva de acesso à PMA, é como dizer aos casais homoafetivos e pessoas solteiras que “não é a natureza ou o Estado que os impedem de ter filhos, eis que são férteis, mas sim a condição ou a relação que escolheram estabelecer”.

Foi reconhecido que a família protegida não se prende apenas àquela decorrente do casamento ou mesmo de união estável, e tampouco a constituída por pai, mãe e filhos – família biparental. Além disso, às pessoas é garantido o direito e exercício da liberdade sexual, bem como é vedado qualquer discriminação neste sentido.

O reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar pelo STF, conferiu à essas pessoas todos os direitos relativos aos desdobramentos de uma família, como o de ter filhos, sejam biológicos ou afetivos. A jurisprudência brasileira, como demonstrado, é categórica ao fundamentar o direito dos casais homoafetivos ou pessoas singulares a constituir família e ter filhos, inclusive pela PMA.

No entanto, essa realidade do Brasil passou longe dos olhares dos legisladores.

Não entendemos que desejar um filho e pretender tê-lo por meio da PMA, significa torná-lo “coisa”, não observando a dignidade da pessoa humana. Ao contrário, ninguém tem filhos para apenas contribuir para a perpetuação da espécie humana, mas porque deseja a sua descendência, precisa ter a experiência do exercício da paternidade, quer ver nascer, cuidar, educar, amar, e desde quando isso retira a dignidade da pessoa?

Considerando que a PMA foi desenvolvida com objetivo de auxiliar as pessoas que não podem reproduzir naturalmente, a ter um filho, que os projetos de lei deveriam tratar da utilização das técnicas de PMA pelos homoafetivos e pessoas solteiras, pois não podem manter uma relação fértil e possuem os mesmos direitos de ter filhos que qualquer outra pessoa.

Ter filhos para alguns pode decorrer de uma relação sem pretensões e ser uma consequência, mas para outros é um projeto de vida, faz parte da essência da personalidade, confere realização e sentido à própria existência. Os legisladores não consideraram o dano existencial que podem perpetrar na vida das pessoas que, embora férteis, dependem da medicina para procriar.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Infertilidade não é empecilho para quem quer ser pai*. Portal Brasil, pub. 10.08.2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/08/infertilidade-nao-e-empecilho-para-quem-quer-ser-pai> Acesso em 20 set 2016.

ALCANTARA, Marcelo. *A regulação às avessas da procriação medicamente assistida no Brasil e os vícios do artigo 1597 do Código Civil*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 5 – n.º 10 – Julho/Dezembro 2008. Coimbra: Coimbra, 2008.

ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais –Introdução Geral*. Cascais: Princípiã, 2011.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito ao planeamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso dos embriões: o caso Evans versus Reino Unido sob a égide do direito brasileiro*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º 12, julho/dezembro/2009, publicação semestral. Coimbra: Coimbra, 2009.

ALVES, José Augusto Lindren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.

ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral, I Volume*. Coimbra: Coimbra, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense. Vol. 328, 1994.

AZAMBUJA, Letícia Erig Osório de; GARRAFA, Volnei. *A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress*. Rev. Bioét., Brasília, v. 23, n. 3, p. 634-644, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0634.pdf> Acesso em 21 fev 2016.

BARBAS, Stela. *Investigação da Filiação*. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coor.) Estudos de Direito da bioética, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

BELLA, Gianluca Maria. *A fecundação medicamente assistida entre o “direito” e a “ética” na época da tecnologia*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 46, n; 182 abr/jun, 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194917/000865486.pdf?sequence=3>> Acesso em 12 out 2016

BECKERT, Cristina. *O conceito bioético de pessoa: entre o indivíduo biológico e o sujeito ético-jurídico*. In: SILVA, João Ribeiro da; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (Coord.). *Contributos para a Bioética em Portugal*. Lisboa: Edições Cosmos, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Janice Silveira; RODRIGUES JUNIOR, Walsin Edson. *Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito fundamental ao reconhecimento da identidade genética*. I Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Coord. Jorge Bacelar Gouveia e Heraldo de Oliveira Silva. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. *Lei n.º 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em 12 mai 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Fichas de tramitação*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275> - Acesso em: 07 mar 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 2855/1997*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719> Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 2.285/2007*. Disponível em: <http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935> Acesso em 3 out 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 1135/2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 4665/2001*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28415>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 4664/2001*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28414>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 6292/2002*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46207>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 120/2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 4686/2004*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 2061/2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 4889/2005*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277889>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 5624/2005*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=293728>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 3067/2008*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387753>
Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 7701/2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251> Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 3977/2012*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=546435> Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 4892/2012*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022&ord=1> Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 115/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022&ord=1> Acesso em 19 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei n.º 1184/2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275> Acesso em: 18 dez 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Depois de decisão do STF sobre aborto, Maia cria comissão para discutir o tema*. Pub. 30 nov 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/520372-DEPOIS-DE-DECISAO-DO-STF-SOBRE-ABORTO,-MAIA-CRIA-COMISSAO-PARA-DISCUTIR-TEMA.html> Acesso em 12 Dez 2016

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de lei n.º 90/1999*. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304> Acesso em 18 dez 2016.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf> Acesso em 12 set 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 52, de 14 de março de 2016*. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília; 14 mar 2016. Disponível: <http://bit.ly/23pzzDu> Acesso em 13 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.* Diário Oficial da União. Brasília; 11 jan 2002. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1hBawae> Acesso em 20 ago 2016.

BRASIL. *Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.* Diário Oficial da União. Brasília; 31 dez 1940. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em 24 ago 2016

BRASIL. *Lei n.º 9.263/1996 Dispõe sobre o planejamento familiar.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm Acesso em: 12 abr 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.* Diário Oficial da União. Brasília; 5 out 1988 Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1bIJ9XW> Acesso em 12 fev 2016.

BRASIL ESCOLA. *Métodos contraceptivos.* Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/biologia/anticoncepcionais.htm> Acesso em 15 Abri 2016.

CARREIRO, Natalia Maria Soares; OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. *Interconexão entre direito e bioética, à luz das dimensões teórica, institucional e normativa.* Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/789/855 Acesso em 30 mar 2016.

CASADO, María. *A vueltas sobre las relaciones entre la bioética y el derecho.* Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/605/621 Acesso em 30 mar 2016.

CANOTI LHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Volume I. Coimbra: Coimbra, 2007.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família – V. II Direito de Filiação, Tomo I – Estabelecimento da Filiação.* Coimbra: Coimbra, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Família e Sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2012.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – *Proclamação do Teerã*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm> Acesso em 15 nov 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *A instituição*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20671&Itemid=23 Acesso em 22 ago 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Despacho Cojur n.º 285/2016*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/notasdespachos/CFM/2016/285_2016.pdf Acesso em 16 dez 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução n.º 1.358/1992*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em 22 ago 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução n.º 1.957/2010*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957> Acesso em 22 ago 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução n.º 2.013/2013*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em 22 ago 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução n.º 2.121/2015*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> Acesso em 22 ago 2016.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV). *Parecer nº 44 do CNECV/2004 sobre a Procriação Medicamente Assistida*. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?p=4> Acesso em 06 nov 2016.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV). *Declaração de voto do Conselheiro J.P. Ramos Ascensão no Parecer nº 44 do CNECV/2004 sobre a Procriação Medicamente Assistida*. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?p=4> Acesso em 06 nov 2016.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV). *Parecer n.º 92 do CNECV/2017 sobre o projeto de decreto regulamentar referente à regulamentação da lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de*

substituição. Disponível em:
http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf Acesso em: 06 nov 2016.

COULANGES, Fustel de. *Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 12 jul 2016.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Mennesson c. France: requête n° 65192/11, j. 26 set 2014*. Disponível: <http://bit.ly/28Kz3Uu> Acesso em 22 set 2016.

CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Livraria Moraes Editora: Lisboa, 1961.

DANTAS, Gabriela Cabral da Silva. *Origem da camisinha. Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/origem-camisinha.htm> . Acesso em 12 jul 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Tiago. *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003.

DURAND, Guy. *Introdução Geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003.

ESPAÑA. Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado Madrid. *Lei n.º 13/2005*. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> Acesso em 11 set 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Elizabeth Alves. *Bioética e direitos humanos: a proteção da dignidade da pessoa humana na era da genética*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-07072010-150239/> Acesso em 22 jan 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Conferência sobre Eliminação de Discriminação contra a mulher de 1979*. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm Acesso em 18 abr 2016.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Pequim de 1995*. Disponível em: www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf Acesso em 07 abr 2016.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Cairo de 1994*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 07 abr 2016.

FRANÇA, R. Limongi. *Direitos da Personalidade coordenadas fundamentais*. Revista do Advogado – AASP – Associação dos Advogados de São Paulo. Nº 38/92.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. *Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social*. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_1.htm. Acesso em 15 nov 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

GARRAFA, Volnei.; CORDÓN, J. *Pesquisa em bioética no Brasil de hoje*. 1 ed., São Paulo: Global, 2006.

GARRAFA, Volnei. *Bioética: os limites da manipulação da vida*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais (Ano 5, número 17) 1997.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> Acesso 13 out 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. VI vol. São Paulo: Saraiva, 2007

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade-Fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). *IBDFAM, em requerimento ao CNJ, pede fim da identificação dos dadores de material genético*. Pub. em 16 nov 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6169/IBDFAM,+em+requerimento+ao+CNJ,+pede+fim+da+identifica%C3%A7%C3%A3o+dos+dadores+de+material+gen%C3%A9tico> Acesso em 18 dez 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). *Exigência de identificação do doador de material genético é atraso para o Direito*. Pub. em 28 out 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6146/Exig%C3%Aancia+de+identifica%C3%A7%C3%A3o+do+doador+de+material+gen%C3%A9tico+%C3%A9+atraso+para+o+Direit> o Acesso em 18 dez 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). *Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito*. pub. em 05 out 2016.. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adeguada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito> Acesso em: 15 dez 2016.

ITÁLIA. Parlamento Italiano. *Lei n.º 40 de 19 fevereiro de 2004*. Gazzetta Ufficiale, pub. em 25 fev 2004. Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm> Acesso em 12 set 2016

ITÁLIA. *Lei n.º 76/2016*. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016;76> Acesso em: 12 set 2016.

JORNAL HOJE. *Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos*. Notícia por Malu Mazza, pub. em 07 out 2014. <http://g1.globo.com/jornal->

hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html Acesso em 19 nov 2016.

JUNGES, José Roque. *A procriação humana assistida e o desejo de filhos*. In: *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LAGE, Amarilis. *Como a pílula anticoncepcional moldou o mundo em que vivemos hoje*. Revista Galileu. 25 mai 2015. Disponível em: : <http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/05/55-anos-da-pilula-anticoncepcional-como-ela-moldou-o-mundo-em-que-vivemos-hoje.html> Acesso em 12 jul 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. *Adoção por homossexuais: autocentrismo x interesse das crianças*. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.) *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado. Direito de Família Relações de Parentesco, Direito Patrimonial, Vol. XVI*. São Paulo: Atlas, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva; 2014.

LODI, Ana. *Fertilização in vitro FIV*. Semear diversidade. Disponível em <http://www.semeardiversidade.net/fiv-fertilizacao-in-vitro> Acesso em 15 mai 2016.

LODI, Ana. *Recepção de óvulos da parceira*. Semear diversidade. Disponível em <http://www.semeardiversidade.net/ropa-recepcao-dos-ovulos-da-parceira> Acesso em 15 mai 2016.

MACHADO, Jonatas E. M. A *(in) definição do casamento no Estado Constitucional*. In: *Família, Consciência, Secularismo e Religião*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MARINHO, Josaphat. *Os direitos da personalidade no projeto de novo código civil brasileiro*. In: *Portugal-Brasil Ano 2000. Tema Direito*. Stvdia Ivridica 40. Coimbra: Coimbra, 1999.

MATO GROSSO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 54, de 24 de julho de 2014*. Diário da Justiça Eletrônico. Cuiabá; 28 jul 2014. Disponível em: <http://bit.ly/1ZWGMsu> Acesso em 23 set 2016.

MATO GROSSO DO SUL. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 80, de 25 de março de 2013*. Diário da Justiça Eletrônico. Campo Grande. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=28406&original=1 Acesso em 23 set 2016.

MATTE, Luiza. *Direitos fundamentais e bioética*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 25. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MEDICINA NET. *Pesquisa de CID – Infertilidade*. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/pesquisa/cid10/nome/infertilidade.htm> Acesso em 10.05.2016.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família*. Revista de Direito Privado. Vol. 56; Outubro/2013.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES-BRASIL. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Delbrasgen/pt-br/file/Pacto%20Internacional%20de%20Direitos%20Econ%20c3%b4micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf> Acesso em 18 nov 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, TOMO IV - Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Comentário ao art. 226*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Disponível em <http://acnudh.org/pt-br/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos/> Acesso em 18 mai 2016.

NEVES, Maria do Céu Patrão. *A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica*. In: *A ética e o direito no início da vida humana*. Coord. NUNES, Rui; e, MELO, Helena Pereira de. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2001.

NEW SCIENTIST. *Exclusive: Word's first baby born with new "3 parent" technique.* Pub. em .Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2107219> Acesso em 10 fev 2017.

NOVAIS, Jorge Reis *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES, Rui. *Bioética: o ensino e a aprendizagem.* In: *A ética e o direito no início da vida humana.* Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2001.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de Oliveira. *A interface entre a bioética e os direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos.* Acesso em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/39/42 Acesso em 28 jan 2016.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas.* Coimbra: Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da procriação assistida.* In: *Temas de Direito da Medicina.* Coimbra: Coimbra, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.* Unesco: 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf> Acesso em 25 fev 2016.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética.* Coimbra: Almedina, 1999.

PATRIOTA, Tânia. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma do Cairo.* Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 13 fev 2016.

PERNAMBUCO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. *Provimento n.º 21, de 29 de outubro de 2015.* Diário de Justiça. Recife; 04 nov 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1sJCZUI> Acesso em 23 set 2016.

PINHEIRO, Alexandre Souza; FERNANDES, Mario Joao de Brito. *Comentário à IV Revisão Constitucional*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1999. p. 111.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 4ª Edição. AAFDL: Lisboa, 2013.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre e ética e filosofia do direito*. Cascais: Princípia, 2010.

PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Portugal-Brasil Ano 2000. Tema Direito. Studia Iuridica 40. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1999.

PORTUGAL. *Direcção-Geral da Saúde Programa Nacional de Saúde Reprodutiva Saúde reprodutiva/Infertilidade/Direcção-Geral da Saúde*. Lisboa: DGS, 2008, p. 5. Disponível em: <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/i009862.pdf> Acesso em 15 fev 2016.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Lei n.º 25/2016*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= Acesso em: 04 set 2016.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Lei n.º 32/2006*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo= Acesso em: 22 ago 2016.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Lei n.º 17/2016*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2570&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= Acesso em 28 ago 2016.

PORTUGAL. *Lei n.º 3/1984*. Disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Leis_area_saude.aspx Acesso em 23 abr 2016

PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL. *Lei n.º 47344/66*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1501&artigo_id=&nid=775&pagina=16&tabela=leis&nversao=&so_miolo= Acesso em 04 dez 2016.

PRITCHARD, Charlotte. *Adolescente tem três pais biológicos*. BBC, 10 set 2014. Disponível em:

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140901_mitocondrias_pais_cq
Acesso em 5 set 2016.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm> Acesso em 20 nov 2016.

RAPOSO, Vera Lucia. *O Direito à Imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia. *A vida num código de barras*. Stvdia Ivridica 101. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2010.

RAPOSO, Vera Lucia. *Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade*. In: *Família, Consciência, Secularismo e Religião*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

RAPOSO, Vera Lucia. *Em nome do Pai (...Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art. 6º. Da Lei nº. 32/2006*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 3º/nº. 6-2006. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

REIS, Rafael Luis Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra: Coimbra, 2008.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Loi n.º 2013-404*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2013/5/17/JUSC1236338L/jo/texte> Acesso em: 01 jan 2017.

REVISTA VEJA ONLINE. *Roger Abdelmassih é condenado a 278 anos de prisão*”. Por Carolina Freitas e Mirella D’Elia, pub. em 23 nov 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/roger-abdelmassih-e-condenado-a-278-anos-de-prisao/> Acesso em 17 nov 2016.

RIOS, Roger Raupp. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROBERTSON, John A. *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, por Ingo Sarlet*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/> Acesso em 12 Nov 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2011.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277..* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2ENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zoq2xfm> Acesso em 15 jun 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4277. Voto Relator Ministro. Ayres Brito.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf> Acesso em 15 jun 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Gestantes de anécefalos têm direito de interromper gravidez.* Pub. em. 12 abr 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878> Acesso em: 10 abr 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. Voto do Ministro Luiz Roberto Barroso. Pub. em 29 nov 2016. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 28 abr 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOGNOTTI, Elvio; PINOTTI, José A. *A Esterilidade conjugal na prática: da propedêutica básica à reprodução assistida*. São Paulo: Toca, 1996.

TRATAMENTOS e INFERTILIDADE. *Tratamentos*. Disponível em <http://www.proveta.com.br/infertilidade-e-tratamentos/tratamentos> Acesso em 15 mai 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 09 abr. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> Acesso em 18 Nov 2015.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração dos Direito da Criança de 1959. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil*. Disponível: <http://bit.ly/1Ughze2> Acesso em 12 set 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAMBRANO, Elizabeth; LOREA, Roberto; MYLIUS, Leandra; MEINERZ, Nádia; BORGES, Priscila. *O direito à homoparentalidade: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais*. Instituto de acesso à justiça. Porto Alegre, 2006. p. 21-24. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/trabalhos-e-teses.php?p=2#t> Acesso em 12 abr 2016.

ZANELATO, Marco António. *Fertilização Artificial: seus efeitos jurídicos*. Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito. Porto: Universidade Lusíada, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Reproductive healt*. Disponível em: http://www.who.int/topics/reproductive_health/en/ Acesso em 10.05.2016.